نظرية الضرورة

في

القانون العام الإسلامي

دراسة مقارنة

دكتور فؤاد محمد النادي

الناشر

الزهراء للإعلام العربي

١٤٠٦ هـ / ١٩٨٦ م

بسم الله الرحمن الرحيم

أمن يجيب المضطر اذا دعاه ويكشف السوء ويجعلكم خلفاء الأرض أإله مع الله قليلا ما تذكرون .

صدق الله العظيم

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين .. يجيب المضطر اذا دعاه .. ويكشف السوء .. وينزل الغيث .. وينشر رحمته وهو الغفور الرحيم .. أكمل الدين .. وأتم النعمة بشريعة الاسلام .. دين الله الخالد ورسالته الأزلية لكل البشر .. والتى حوت كل شىء .. وبلغت الكمال فيما حوت .. وقامت على العدل والرحمة وتحقيق مصالح العباد ورسمت للبشرية الطريق القويم وبينت لها ما تسلكه فى كل الظروف والأحوال العادية والطارئة ..

والصلاة والسلام على أشرف خلق الله سيدنا ورسولنا وامامنا محمد صلى الله عليه وسلم وعلى آله الطيبين الطاهرين وصحبه الكرام الهداة المرشدين ، جاء صلى الله عليه وسلم بالهدى ودين الحق وبعثه رحمة للعالمين .

وبعد .. فهذه دراسة عن نظرية الضرورة فى القانون العام الاسلامى استهدفت من التعرض لها ابراز سبق الشريعة الاسلامية فى تقعيد نظرية الضرورة التى لم تعرف كنظرية محددة المعالم الا فى وقت حديث حينما وضع القضاء الادارى الفرنسى معالم هذه النظرية فى مطلع القرن العشرين لاسيما بعد الحربين العالميتين الأولى والثانية حينما واجهت الدول ظروفا عصيبة حتمت عليها ضرورة استخدام وسائل استثنائية بالمخالفة لقواعد المشروعية العادية وذلك لمواجهة ظروف الحرب .. وان كان هذا لا ينفى معرفة الشعوب والنظم القانونية لفكرة الضرورة ، كفكرة تؤدى الى الاضطرار باتباع وسائل تختلف عن الوسائل العادية .

أما في الشريعة الاسلامية فقد أقام الاسلام بناءه للنظرية وأسس معالمها ووضع ضوابطها الدقيقة والمحكمة وشروطها التى تجعلها دائما وأبدا تستهدف حماية المصالح الضرورية للأفراد والدولة على حد سواء وذلك منذ ما يقرب من أربعة عشر قرنا من الزمان حيث اعتبرها الاسلام الوجه الثانى للمشروعية المقرر لحالة الضرورة ، وذلك لأن الله عز وجل بعد أن بين الأحكام الدائمة المقررة لحالة السعة والاختيار والتى يجب على الجميع الانصياع لها فى الظروف العادية فانه سبحانه وتعالى أعقب هذه الأحكام بأحكام أخرى تطبق فى الظروف غير العادية والاستثنائية وذلك رحمة بعباده ولعدم الاثقال عليهم أو تكليفهم بما لا يطيقون ورفع الحرج عنهم لأن ذلك كله منفى عن الشريعة السمحاء اعمالا لما تقوم عليه الشريعة الاسلامية من تيسير ويسر .

ولقد استهدف الشارع الحكيم من تشريع أحكام الضرورة المحافظة على المصالح الضرورية للأفراد وما يحفظ حياتهم فى الدنيا والآخرة ، كما استهدف أيضا حماية المصالح الأساسية والضرورية للدولة الاسلامية بما يحفظ عليها كيانها .

واذا كانت نظرية الضرورة قد عرفتها النظم القانونية كما أسلفنا فى مطلع هذا القرن فان دوافع وجودها فى حياة هذه الدول تختلف عن وجودها وأساسها ومبناها فى الفقه الاسلامى حيث لم تكن الدول المعاصرة تستهدف حماية مصالح الدولة والأفراد فى الظروف غير العادية أو الاستثنائية فحسب وانما استخدمتها بعض الدول - ولازالت - فى النطاق الدولى كغطاء للغزو المسلح وتحقيق مطامعها الاستعمارية بهدف التوسع واستغلال الشعوب تحت زعم الضرورة

والدفاع عن النفس ، كما استخدمتها دول عديدة فى الشرق والغرب على حد سواء فى المجال الداخلى كستار لأنظمة ديكتاتورية وفاشية بهدف مصادرة الحريات وتعطيل الشرعية القائمة تحت زعم الضرورة واعلان حالة الطوارئ .

فى حين أن النظرية فى الفقه الاسلامى قامت لحفظ المصالح الضرورية للأفراد والدولة على حد سواء حيث انبنت على رفع الحرج وعدم اعنات الناس وتحقيق مصالح المجتمع .

وقد دعانى الى هذا البحث مالاحظته من اهتمام رجال الفقه الاسلامى فى المذاهب الاسلامية المختلفة قديما وحديثا الى بيان أحكام الضرورة التى تواجه الأفراد والتى قد تستوجب التخفيف والتيسير وهو ما أولاه الفقهاء بالبحث وبافاضة عن حالة المخمصة أو طروء ما يهدد المصالح الضرورية للأفراد (الدين - النفس - العقل - النسل - المال) . فى حين أن النظرية فى الفقه الاسلامى أوسع مدى وأكثر شمولا من هذه الحالة فهى لا تقتصر فيما يتعلق بمن يواجه الضرورة على الأفراد فحسب وانما أيضا تسرى على حالة الضرورة التى تواجه الدولة سواء فى نشاطها الداخلى أو فى علاقاتها مع غيرها من الدول . كما أن الضرورة فى الفقه الاسلامى لا تواجه ظرفا محددا من الظروف غير المألوفة أو الشاذة وانما تواجه أى ظرف يطرأ على الدولة الاسلامية من شأنه أن يجعل التمسك بقواعد الشرعية العادية يؤدى الى ضرر جسيم بالدولة وبمصالحها الأساسية ،لذلك فاننا فى تعرضنا لهذه النظرية سنكتفى ببيان شروطها وضوابطها دون أن نتعرض لتفصيلات أو حصر الظروف الشاذة التى يمكن أن تنطبق عليها .

وتحتوى هذه الدراسة على بابين وخاتمة :

الباب الأول : فى نظرية الضرورة فى الفقه الاسلامى ٠

الباب الثانى : فى نظرية الضرورة فى القانون الوضعى ٠

الخاتمة : وسوف نتعرض فيها لأهم النتائج التى توصلنا اليها من استعراضنا أحكام الضرورة فى الفقهين الاسلامى والوضعى ٠

والله تعالى أسأله التوفيق والسداد ٠

د ٠ فؤاد محمد النادى

القاهرة فى ١٥ سبتمبر ١٩٨٦م٠

البـــاب الأول

نظريـــة الضرورة فى الفقـــه الاسلامـــى

مقدمـــة :

تميز النظام الاسلامى على سائر النظم بما اتسمت به الشريعة الاسلامية من حيث كونها دين الحنيفية السمحاء الذى يلائم الفطـــرة الانسانية ويلبى مطالبها فى جميع الأحوال التى تعترى البشر دون افراط أو تفريط [1]، مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم : "بعثت بالحنيفيـــة السمحة" [2] .

ولهذا جاءت القواعد الاسلامية والنظام القانونى الاسلامـــى لتنظيم أحوال البشرية ، سواء فى أحوالها العادية أو ما اصطلح عليــه "بحالة السعة والاختيار" ، أو فى الأحوال غير العادية أو ما أصطلح على تسميته بحالة "الضرورة" . وسواء كنا فى حالة السعة والاختيـــار أو كنا بصدد حالة من حالات الضرورة فانه يجب على الأمة الاسلاميـــة الطاعة والامتثال لما تقرره السلطات العامة فى الدولة الاسلامية مـــن قرارات ، طالما التزمت هذه السلطات بقواعد القانون الاسلامى الـــتى قررت للظروف العادية ، أو لم تتجاوز الحدود والضوابط المقررة الـــتى تفرضها الظروف غير العادية ، ذلك أن الشارع الاسلامى رخص عند توافر

---

(١) مناع القطان : رفع الحرج فى الشريعة الاسلامية (الدار السعوديـــة للنشر والتوزيع سنة ١٤٠٢ هـ : ١٩٨٠م) ص ٥ ومابعدها .

(٢) الجامع الصغير من أحاديث البشير النذير للامام جلال الدين السيوطى . تحقيق الشيخ محمد محيى الدين عبد الحميد (الطبعة الأولى سنة ١٣٥٣) جـ ١ ص ٤٢٥ .

حالة الضرورة فى العدول وبصفة مؤقتة عن تطبيق قواعد المشروعية المقررة فى الأحوال العادية ، وذلك وفق نظام آخر للشرعية منضبط المعالم تتلاءم قواعده ومتطلبات مواجهة الظروف الطارئة غير العادية ودفع الضرورة التى تكتنفها ، بما يحقق الموازنة المنشودة عند تطبيق مبدأ الشرعية الاسلامية فى الحالتين العادية وغير العادية . وهذه القواعد لا تعد كما هو الأمر فى الشرائع الوضعية خروجا على مبدأ الشرعية أو استثناء عليه ، وانما تعد هذه القواعد الوجه الثانى للمشروعية الذى قرره الشارع الحكيم للظروف غير العادية والتى يقتضيها واقع هذه الحالة ، بينما تعد القواعد المقررة للظروف العادية أى فى حالة السعة والاختيار الوجه الأول لها .

والواقع أن تشريع أحكام خاصة للضرورة فى الفقه الاسلامى وتقرير العمل بمقتضياتها قد بدأ فى مكة المكرمة والرسول صلى الله عليه وسلم فى بداية دعوته للدين الجديد وقبل أن يهاجر الرسول صلى الله عليه وسلم الى المدينة . فقد روى أن المشركين قد أخذوا عمار بن ياسر رضى الله عنه فعذبوه ، ولم يتركوه حتى سب النبى صلى الله عليه وسلم وذكر آلهتهم بخير [1] ، فشكا ذلك الى الرسول صلى الله عليه وسلم فقال : يارسول الله ما تركت حتى سببتك وذكرت آلهتهم بخير . فقال له

---

(١) يفصل ابن عباس رضى الله عنه ذلك فيقول : "أخذه — أى عمار — المشركون وأخذوا أباه وأمه سمية وصهيبا وبلالا وخبابا وسالما فعذبوهم ، وربطت سمية بين بعيرين ووجىء قبلها بحربة ، وقيل لها : انك أسلمت من أجل الرجال ، فقتلت وقتل زوجها ياسر ، وهما أول قتيلين فى الاسلام ، وأما عمار فأعطاهم ما أرادوا بلسانه مكرها . (انظر فى ذلك تفسير القرطبى جـ ١٠ ص ١٨٠) .

رسول الله صلى الله عليه وسلم : كيف تجد قلبك ؟ قال : مطمئن بالايمان . فقال له عليه الصلاة والسلام : "فان عادوا فعد "[١] .

ويذكر المفسرون[٢] أن هذه الواقعة قد نزل فيها ما جاء بسورة النحل المكية[٣] من قوله تعالى : " من كفر بالله بعد ايمانه الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان ولكن من شرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم "[٤] .

وقد توقع الشارع الاسلامى فى القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة بعض حالات الضرورة ، وقرر لها أحكاما تخالف الحكم الأصلى المقرر فى حالة السعة والاختيار ، ومن ذلك حالات المخمصة (الجوع الشديد) والاكراه ، وظروف الحرب ، وغير ذلك من الحالات التى رخص فيها بما يخالف حكم الأصل . كما اجتهد رجال الفقه الاسلامى فى تفهم منهج الشارع فى حالة الضرورة ، وعكفوا على دراسة فكرة الضرورة ومقتضياتها على نحو مفصل فى اتجاه ضبط أصولها وبيان شروط وضوابط اعمالها والنتائج المترتبة عليها . واستطاعوا استخلاص مجموعة من القواعد الكلية والأصول الشاملة مثل : " الأصل فى المنافع الاباحة " ، "الأصل فى المضار التحريم " " المشقة تجلب التيسير " ، " الضرورات تبيح المحظورات " ، " الضرورة تقدر بقدرها " ، " الميسور لا يسقط بالمعسور " ، " ما جاز لعذر يبطل بزواله " ، " الاضطرار لا يبطل حق الغير " ، وغير ذلك من

---

(١) ابن سعد : الطبقات الكبرى (طبعة ليدن) ج ٣ القسم الأول ص ١٧٨ .

(٢) انظر على سبيل المثال : تفسير القرآن العظيم للحافظ ابن كثير (طبعة الشعب) المجلد الرابع ص ٥٢٥ .

(٣) الا آياتها الثلاث الأخيرة فمدنية (الآيات ١٢٦ ، ١٢٧ ، ١٢٨) .

(٤) سورة النحل آية ١٠٦ .

القواعد التى يمكن من خلال تحليلها واعادة تركيبها بناء نظرية عامة متكاملة ومحكمة لضبط تطبيق الشرعية الاسلامية فى حالة الضرورة . هذا ومن رأينا أن نظرية الضرورة الاسلامية تعد الموازنة الحقيقية الوحيدة فى تطبيق مبدأ الشرعية الاسلامية فى النظام الاسلامى . فمن ناحية لا يعرف الاسلام (١) ذلك الحيز المطلق المعروف بنظرية أعمال السيادة أو أعمال الحكومة الذى تتخذه الأنظمة الوضعية المعاصرة، كأحد الحلول الرئيسية لمشكلة موازنة تطبيق مبدأ الشرعية بها ، اذ أن هذه النظرية لا تمثل فى الواقع موازنة لتطبيق المبدأ فى الأنظمة الوضعية ، وانما هى قيد على تطبيقه وخروج صريح على مقتضياته . حيث تؤدى الى تمتع بعض أعمال السلطة التنفيذية الصادرة بالمخالفة لأحكام الشرعية القائمة بحصانة ضد رقابة القضاء بجميع صورها ومظاهرها . والاسلام يرفض هذه النظرية ويأباها ، حيث من المسلم به أن مبدأ الشرعية الاسلامية يستقر فى ضمائر المسلمين جميعا حكاما ومحكومين ، كأسلوب حياة يمتد الى خلجات نفوسهم قبل أن يكون نظام حكم لمجتمعهم ، وحيث يدعم ذلك تنظيم رقابى دقيق ومحكم يضرب فى أطناب المجتمع الاسلامى ككل وفى نفس كل فرد من أفراده . ومن ناحية أخرى فان نظرية السلطة التقديرية التى يعتبرها الفقه الوضعى احدى

---

(١) د . مصطفى كمال وصفى : النظام الادارى الاسلامى مقارنا بالنظم الادارية الحديثة . القسم الأول "النظرية العامة" طبعة ١٩٧٤م ص٤٧ ، ٧٦ ، ٩٧ ، د . عبدالله مرسى سعد : القضاء الادارى ومبدأ سيادة القانون فى الاسلام — رسالة دكتوراه ص ٢٨٩ ومابعدها ، د . سعيد عبدالمنعم الحكيم : الرقابة على أعمال الادارة فى الشريعة الاسلامية والنظم المعاصرة — رسالة دكتوراه ص ١٦٠ .

موازنات تطبيق مبدأ الشرعية لا تنطوى فى الواقع على موازنة حقيقية فى تطبيق المبدأ ، حيث لا يخرج مجال التقدير والترخص عند اعمالها عن نطاق قواعد الشرعية القائمة ، فضلا عن خضوع الأعمال التقديرية التى تتم وفقا لها لرقابة القضاء ، وهو ما يعنى أن السلطة التقديرية على الجملة هى سلطة مقيدة وليست سلطة مطلقة [١] . وهو الأمر الذى يقرره أيضا الفقه الاسلامى المعاصر بصدد بحثه للسلطة التقديرية فى الشريعة الاسلامية ، حيث يرى أن مجال هذه السلطة فى النظام الاسلامى محدود للغاية ، حتى يكاد ينعدم [٢] ، وهى فى كل الأحوال ليست مطلقة ، وانما هى سلطة مقيدة بالنصوص الشرعية ومراعاة مقاصد الشريعة ومصالح المسلمين . فالولاية العامة فى الاسلام منوطة بتحقيق ما فيه مصلحة الرعية ، وهو ما يعبر عنه فى الفقه الاسلامى بأن "التصرف على الرعية منوط بالمصلحة" [٣] . ومن ثم فان تصرفات السلطة العامة فى الاسلام مقيد مهما بدت أنها تقديرية واسعة [٤] ، لأنها فى كل الأحوال يجب أن تكون مبنية على المصلحة ومراعية لها ، والا كانت ردا وتعين على القضاء الغاؤها والغاء كل ما يترتب عليها من آثار . وهكذا يتأكد أن نظرية الضرورة الاسلامية هى وحدها الموازنة الحقيقية الوحيدة فى تطبيق مبدأ الشرعية ، حيث تبيح هذه النظرية

---

(١) انظر حكم المحكمة الادارية العليا فى القضية رقم ٣٧٤ للسنة الثالثة عشر القضائية بجلسة ٢٥/٥/١٩٦٨م ـ المجموعة ـ السنة الثالثة عشر ص٩٨٢ .

(٢) د . مصطفى كمال وصفى : النظام الادارى الاسلامى ـ المرجع السابق ص٤٧ ، ٩٦ ، ٩٧ ، ١٠٧ ، ١٠٨ .

(٣) المادة رقم ٥٨ من مجلة الأحكام العدلية .

(٤) انظر كتابنا رقابة القضاء على أعمال الادارة العامة ص١٨ . د . محمد طاهر عبد الوهاب ـ النظرية العامة لمبدأ الشرعية فى =

العدول عن حكم الأصل الى حكم يخالفه عند توافر حالة الضرورة ٠
وتجدر الاشارة الى أنه على الرغم من أن الشريعة الاسلامية كان لها فضل السبق فى تقرير نظرية الضرورة ، قبل أن يتوصل مجلس الدولة الفرنسى الى تقرير نظرية الظروف الاستثنائية فى مطلع القرن العشرين، الا أن الملاحظ أن نظرية الضرورة الاسلامية لم تنل نصيبها العادل من الذيوع والانتشار على الرغم من دقة انضباطها وتكامل معالمها على نحو لا تصل اليه نظرية الظروف الاستثنائية عند رجال القانون التى ما زالت غير واضحة المعالم فى كتابات الفقهاء وتطبيقات القضاء ٠
والذى نود أن نؤكده بداية أن تطبيق نظرية الضرورة الاسلامية ليس مقصورا على حالة الضرورة التى قد تصيب الأفراد وتؤثر على مدى التزامهم بالتكاليف الشرعية التى فرضها الشارع الاسلامى فى حالة السعة والاختيار ، وانما تنطبق النظرية أيضا على حالة الضرورة التى قد تلم بالدولة الاسلامية وتهدد كيانها ومصالحها الأساسية ، وتؤثر على مدى التزام السلطات العامة الاسلامية بأحكام القانون الاسلامى فى هذه الحالة ٠ لأنه اذا كان الشارع الاسلامى قد أجاز ترك الحكم الأصلى للضرورة المتعلقة بالمحافظة على حياة الأفراد ، فانه يكون من باب أولى اباحة ترك الحكم الأصلى للضرورة المتعلقة بالمحافظة على حياة الدولة الاسلامية وصيانة مصالحها الأساسية وتحقيق أمنها وسلامتها فى الظروف غير العادية التى تمثل حالة الضرورة [1] ٠ ولا يعنى ذلك أن هناك نظريتين للضرورة فى الفقه الاسلامى ،احداهما لحكم الضرورة التى تعرض للأفراد ، والثانية لحكم الضرورة التى تعرض للدولة ، اذ

═ الدولة الاسلامية والدول المعاصرة — رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الشريعة عام ١٩٨١م ص٦٨٦ ٠

(١) انظر د / وهبة الزحيلى : نظرية الضرورة الشرعية ص٣٠٦ ٠

النظرية فى الحالتين واحدة سواء من حيث مفهومها وطبيعتها وأسسها أو من حيث الشروط والضوابط التى ينبغى مراعاتها عند اعمالهـــا ، أو من حيث النتائج المترتبة على تطبيقها • والفارق الذى يمكن أن يلاحظ فى هذا الصدد هو أن الضرورة فى نطاق الأفراد غالبا ما تقضى بالتخفيف والتيسير ، بينما اعمالها فى مجال الدولة قد يقتضى بالاضافة الى ذلـــك اتخاذ اجراءات مخالفة لحكم الأصل تكون ذا طبيعة متشددة مثل تقييـــد الحريات أو تشديد العقوبات ، وغير ذلك من الاجراءات المتشددة التى قد يقتضيها دفع الضرورة التى تهدد كيان الدولة الاسلامية ومصالحهـــا الأساسية • وفى ضوء ما تقدم سنحاول فى هذا البحث أن نوضح نظريـة الضرورة الاسلامية ، وسنحاول التركيز على دراسة تطبيق النظرية فـــى مجال حياة الدولة وتصرفات سلطاتها العامة فى حالة الضرورة • كمـــا سنحاول الاهتمام بتأصيل قواعد تطبيق نظرية الضرورة الاسلامية على نحـــو موضوعى مجرد يكفل ضبط تطبيق النظرية خاصة فى غير الحالات البدهية التى تطرق اليها رجال الفقه الاسلامى ، وعلى ذلك فانه يمكن أن نحـــدد أهم السمات العامة لنظرية الضرورة الاسلامية من خلال الفصول التالية :

الفصل الأول : ماهية نظرية الضرورة الاسلامية •

الفصل الثانى : أساس مشروعية نظرية الضرورة الاسلامية •

الفصل الثالث : شروط وضوابط تطبيق نظرية الضرورة الاسلامية •

الفصل الرابع : النتائج المترتبة على تطبيق نظرية الضـــرورة •

الفصل الأول

ماهية نظرية الضرورة الاسلامية

مقتضى نظرية الضرورة الاسلامية أن الشارع الاسلامى رخص عند توافر حالة من حالات الضرورة التخلى عن قواعد المشروعية الأصلية التى وضعت لحكم أفعال المكلفين فى حالة السعة والاختيار ، فأباح ارتكاب الفعل المحظور أو المحرم بحسب الأصل ، أو ترك الواجب أو تأخيره عن وقته ، أو غير ذلك مما قد يقتضيه دفع الضرورة . وسوف نتحدث عن ماهية نظرية الضرورة فى مبحثين :

المبحث الأول : فى ماهية الضرورة بوجه عام .

المبحث الثانى : فى ماهية الضرورة فى مجال الدولة الاسلامية .

.. .. ..

المبحث الأول

ماهية الضرورة بوجه عام

للضرورة تعريف فى اللغة ، كما لها تعريف لدى العامة ، فضلا عن أن لها معنى محدد فى الاصطلاح .

أولا — تعريف الضرورة لغة :

الضرورة وجمعها الضرورات ، وتعنى لغة الضرر وهو الضيق[1] وهى تفيد النقصان ، وسوء الحال أو الفقر ، والشدة فى الدين وغيره

(١) الامام فخر الدين محمد بن عمر الشافعى — مفاتيح الغيب — طبعة ١٣٠٨ هـ — جـ ٢ ص ٨٢ .
د . رمضان على السيد — المطعومات والأعذار الشرعية فى الفقه الاسلامى ص ١١٧ .

من الأمور الخمسة التى جاءت الشريعة للحفاظ عليها وهى الدين، والعقل ،والنفس ، والعرض ، والمال [(١)] .

ولفظ الضرورة يدل على المبالغة فى الضرر بمعنى بلوغ من تحققت فيه أشد غايات الضرر بأن أصبح فى حالة تهدده بخطر محدق بحيث يجد نفسه مجبرا على فعل شىء يدرأ عنه ذلك الخطر ..

ونتيجة لذلك قال علماء اللغة أن الضرورة اسم للاضطرار الذى هو الالجاء بالقوة والقهر [(٢)] . ويستوى أن تكون القوة التى نشأت عنها الضرورة طبيعية أو يكون للانسان دخل فى وجودها ، فهى تقوم بغض النظر عن المصدر الذى تولدت عنه [(٣)] .

ثانيا — الضرورة فى فهم العامة :

أما فى اللغة الدارجة فان الضرورة تعنى كل شىء يبدو للانسان أنه فى حاجة اليه سواء كانت هذه الحاجة تستهدف راحة الانسان، أو تستهدف التيسير عليه وعدم وقوعه فى الحرج أو كانت نتيجة لظروف ملجئة [(٤)] .

---

(١) الدكتور يعقوب عبد الوهاب الباحسين — رفع الحرج — رسالة مقدمة الى كلية الشريعة والقانون عام ١٩٧٢م ص ٥٠٧ .

(٢) لسان العرب — باب الراء فصل الضاد ج ١٩ ص ٤٨٣ ، ٤٨٤ دار صادر ببيروت ، حيث جاء فيه بأن الضرورة اسم لمصدر الاضطرار وأصله من الضرر . وأيضا تاج العروس ج ٣ ص ٣٥٧ ، ٣٥٨ .

(٣) الدكتور يوسف محمود قاسم — نظرية الضرورة فى الفقه الجنائى الاسلامى والقانون الوضعى ١٤٠١هـ — ١٩٨١م دار النهضة العربية ص ٧٦ .
دكتور / محمد سلام مدكور — نظرية الاباحة عند الأصوليين ص ٣٨٨ ، ٣٨٩ .

(٤) د . ابراهيم زكى أخنوخ — حالة الضرورة فى قانون العقوبات — رسالة دكتوراه — دار النهضة العربية عام ١٩٦٩م ص ٣ ومابعدها .

ثالثا ـ الضرورة فى الاصطلاح :

ورد لفظ الضرورة بمعان متقاربة على لسان الفقهاء فى المذاهب الاسلامية المختلفة :

فقد عرفها الجصاص بأنها : " هى خوف الضرر أو الهلاك على النفس أو بعض الأعضاء بترك الأكل "(١) .

وهو نفس المعنى الذى ساقه ابن قدامة فى تعريفه للضرورة حيث قال أن : " الضرورة المبيحة هى التى يخاف التلف بها ان ترك الأكل "(٢) كما قيل بأنها الخوف على النفس من الهلاك علما أو ظنا أو هى خوف الموت ، ولا يشترط أن يصبر حتى يشرف على الموت وانما يكفى حصول الخوف من الهلاك ولو ظنا (٣) .

وقد عرفها أستاذنا المرحوم فضيلة الامام محمد أبو زهرة : " بأنها الخشية على الحياة ان لم يتناول المحظور أو يخشى ضياع ماله كله " أى يكون الشخص فى حال تهدد مصلحته الضرورية ولا تدفع الا بتناول محظور لا يمس حق غيره "(٤) .

ويلاحظ أن الفقهاء حينما عرفوا الضرورة على النحو الذى أشرنا اليه فانهم قصروها على جانب الضرورة الذى يتحقق فى جانب الأفراد ويقتضى التيسير والتخفيف ، وهم فى بحثهم فى هذا النطاق اختلفوا

---

(١) الجصاص ـ أحكام القرآن ج ١ ص ١٥٠ ـ ١٥١ .

(٢) ابن قدامة ـ المغنى ج ٨ ص ٥٩٥ .

(٣) الشرح الكبير ـ لأبى البركات الدردير ج ٢ ص ١١٥ . القوانين الفقهية ص ٢٧٣ . وهبة الزحيلى ـ الضرورة الشرعية ص ٦٤ . و د . يوسف قاسم ـ المصدر السابق ص ٧٩ .

(٤) استاذنا الامام المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة ـ أصول الفقه ص ٤٣ ، ٣٦٢ .

فى تحديد نطاق الضرورة فى هذا المجال بين موسع ومضيق فقد قصرها بعضهم على الضرورة التى تتحقق فى حالة المخمصة [١] فى حين قصرها البعض الآخر على حالة الضرورة التى تقتضى المحافظة على النفس من خوف التلف [٢] أو خوف التلف والهلاك [٣] . فى حين أن البعض الآخر جعلها تمتد لتشمل الضرورة التى تقتضى المحافظة على النفس أو المال [٤] . كما صرفها البعض لتشمل الضرورات الخمسة فى الفقه الاسلامى وهى الدين والنفس والعقل والعرض والمال [٥] .

وهذا الاختلاف فى تحديد نطاق الضرورة يرجع الى اختلاف نظر الفقهاء بالنسبة للنصوص التى عالجت الضرورة التى يواجهها الأفراد فوقف بعضهم فى تحديده لحالات الضرورة على الحالات المنصوص عليها فى حين اتجه البعض الآخر الى دراسة منهج الشارع فى معالجة الضرورة واستخلص قواعد عامة يمكن من خلالها تحديد حالة الضرورة على نحو موضوعى ينطبق فى كل الحالات التى تتحقق فيها ظروف غير عادية تجعل من التمسك بالنصوص المقررة فى الأحوال العادية من شأنه ثبوت المصالح الأساسية التى انبنت عليها الشريعة الاسلامية .

وهذا الاتجاه يضع فى اعتباره أن النصوص الواردة فى الضرورة تنطوى على تقرير مبدأ عام أو نظرية عامة يجب مراعاتها والنزول على

---

(١) الجصاص — أحكام القرآن ج ١ ص ١٥٠ .
(٢) أبو بكر بن العربى — أحكام القرآن ج ١ ص ٥٥ .
(٣) السيوطى — الأشباه والنظائر ص ٩٤ .
(٤) الامام محمد أبو زهرة — أصول الفقه ص ٤٣ ، ص ٣٦٢ .
د . يعقوب عبد الوهاب الباحسين — المصدر السابق ص ٥٠٣ .
(٥) د . يعقوب عبد الوهاب الباحسين — المصدر السابق ص ٥٠٤ .

مقتضياتها عند تطبيق قواعد القانون الاسلامى ، ومن ثم تكون حالة الضرورة التى وردت فى النصوص تكون قد جاءت على سبيل المثال لا الحصر وهو الأمر الذى أدى بالشيخ محمد رشيد رضا الى تقرير أن هذه القاعدة عامة بحيث تحتوى لكل ما يتحقق الاضرار اليه (١) .

ويرى الدكتور يوسف قاسم أنه لم يجد فى كتب الفقه تعريفا للضرورة يمكن الاعتماد عليه كلية فى وضع تعريف عام لنظرية الضرورة بحيث يشمل كل ما يصدق عليه من حالات ، وقرر فضيلته أنه اطلع على عبارات فقهية جاءت على لسان بعض الفقهاء يستطيع منها التوصل الى التعريف العام للضرورة التى تسرى على كل حالاتها .وساق فضيلته ما جاء فى حاشية الحموى على الأشباه والنظائر لابن نجيم فى تعريف الضرورة بأنها : " بلوغه — أى الانسان — حد ان لم يتناول الممنوع يهلك " وقرر فضيلته أن هذا التعريف قاصر على حالة واحدة هى حالة من يضطر الى تناول شىء محرم ليدرأ عن نفسه الهلاك ، وانتهى فضيلته الى أن هذا التعريف غير جامع لقصوره فى شمول الكثير من حالات الضرورة ، كالضرورة القائمة بالغير ، والضرورة التى تستدعى التدخل لانقاذ الأموال من التلف ، كما قرر سيادته بأن التعريف السابق لا يشمل أيضا حالة الاكراه والدفاع الشرعى فيما لو أخذت الضرورة بالمعنى الواسع .

---

(١) الشيخ محمد رشيد رضا — تفسير المنار جـ ١ ص ١١٥ حيث يقول " ليست القاعدة — قاعدة الضرورة — مقصورة على محرمات المطاعم بل عامة لكل ما يحقق الاضطرار اليه ".
ابن رشد — بداية المجتهد ونهاية المقتصد جـ ١ص ٤٩٢ .

وساق فضيلته تعريفا للضرورة ورد على لسان فقهاء المالكية وهو " الخوف على النفس من الهلاك علما أوظنا " وقرر أن هذا التعريف جامع لكل حالات الضرورة القائمة بالنفس فهو يشمل حالة الضرورة القائمة بنفس الفاعل ، وحالة الضرورة القائمة بنفس الغير ، كما يصدق على حالة دفع الصائل وحالة الاكراه الا أنه لا يصدق على الضرورة المتعلقة بالأموال وانتهى سيادته الى تعريف للضرورة فى عبارة جزلة بليغة بقوله بأنها : " خوف الهلاك على النفس أو المال " وقرر بأن هذا التعريف عام يصدق على كل حالات الضرورة كما أن خوف الهلاك قد يكون على أمر متيقن ، وقد يكون على أمر ظنى راجح وهو المبنى على أسباب معقولة .. وقرر أنه لم يشر الى ذلك فى صلب التعريف لأن العلم أو الظن الراجح أمر مفترض فى الخوف والا لما سمى خوفا (١) .

ورغم تقديرنا للأستاذ الدكتور يوسف قاسم فى اجتهاداته الفقهية العظيمة ، وفيما أضافه الى تعريف المالكية ليكون التعريف كما قرر فضيلته جامعا مانعا فاننا نرى أن بعض الفقه قد سبقه فى وضع تعريف دقيق للضرورة يشمل كل حالاتها وأسبابها حيث عرف الدكتور يعقوب عبدالوهاب الباحسين فى رسالته عن رفع الحرج الضرورة بقوله أنها : " الحالة التى تطرأ على الانسان بحيث لو لم تراع لجزم أو خيف أن تضيع مصالحه الضرورية " فهذا التعريف دقيق فهو يعبر عن كون حالة الضرورة حالة استثنائية تطرأ على الانسان بحيث تفرض عليه ضرورة اتخاذ تدابير تلائمها للمحافظة على مصالحه الضرورية ، سواء أكانت

---

(١) د. يوسف قاسم — المصدر السابق ص ٨٠ .

هذه المصالح تتعلق بالنفس أو العقل أو الدين أو العرض أو المال في حين أن التعريفات السابقة لم تتضمن سوى الضرورة التى تقتضى المحافظة على النفس والمال [١] .

كما عرف الدكتور وهبة الزحيلى الضرورة بأنها : " هى أن تطرأ على الانسان حالة من الخطر أو المشقة الشديدة بحيث يخاف حدوث ضرر أو أذى بالنفس أو بالعضو أو بالعرض أو بالعقل أو بالمال وتوابعها ويتعين أن يباح عندئذ ارتكاب الجرائم أو ترك الواجب أو تأخيره عن عن وقته دفعا للضرر عنه فى غالب ظنه .

ويقرر صاحب هذا التعريف أن ميزته أنه شامل جامع لكل أنواع الضرورة كالتداوى والانتفاع بمال الغير، والمحافظة على مبدأ التوازن العقدى فى العقود والقيام بالفعل تحت تأثير الرهبة أو الاكراه والدفاع عن النفس أو المال ونحوها وترك الواجبات الشرعية المفروضة [٢] .

وهذا التعريف وان شمل معظم حالات الضرورة الا أنه لم يتعرض للضرورة التى تتعرض لها الدولة وسلطاتها العامة ، فوق أنه وان شمل معظم حالات الضرورة ، فانه أيضا بين أن الضرورة يمكن أن تجعل الحكم الشرعى يدور حول أقسامه الشرعية المختلفة فالواجب يمكن أن يكون حراما أو مندوبا أو مباحا ، كما يمكن أن يكون الحرام مكروها أو مباحا أو مندوبا أو واجبا وفقا لما تقتضيه الضرورة .

غير أنه يؤخذ على هذا التعريف التطويل لذلك فاننا نرى أن أدق التعريفات وأشملها هو التعريف الذى قال به الدكتور يعقوب عبدالوهاب الباحسين والذى سبق الاشارة اليه .

---

(١) د . يعقوب عبدالوهاب الباحسين - المصدر السابق ص ٥٠٨ .
(٢) للمزيد من التفصيل : نظرية الضرورة الشرعية ص ٦٥ ، ٦٦ .

المبحث الثانـي

ماهية الضرورة فى نطاق القانون العام الاسلامى

أشرنا فيما سبق الى أن الضرورة يمتد نطاقها ليشمل كـل الأحوال الاستثنائية التى تطرأ على الانسان وتهدد مصالحه الأساسية المعتبرة من الشارع بالخطر ، كما أشرنا الى أن النصوص السابقة ترسم وتحدد نظرية عامة للضرورة لا يقتصر نطاق تطبيقها فقط على الأفـراد وانما تمتد أيضا لتسرى على الدولة وسلطاتها العامة ومن ثم فهـى تغطى من حيث العموم جميع المخاطبين بها أفرادا أو هيئات عامـة ، كما أنها تحوى كل الحالات التى تتصف بالطابع غير المألوف أوالاستثنائى الذى يفرض العدول عن الأحكام المقررة للأحوال العادية الى مايناسبها

غير أن الملاحظ أن الفقه الاسلامى فى القديم أو الحديث صب كل اهتماماته على الضرورة التى تعترى الانسان وتقتضى التيسير والتخفيف ولم يعن بوضع تعريف للضرورة فى نطاق القانون العام الاسلامى مع أن نظرية الضرورة أرحب وأوسع فى شمولها وعمومها فهى تغطى جميـع الحالات ، فضلا عن أنها تتصرف فى مواجهة كل من تعتريه حالة مـن حالاتهـا .

فاذا كانت الدولة الاسلامية وسلطاتها العامة يتعين عليهـا الخضوع للقانون الاسلامى فان هذا الخضوع يرتبط أساسا بحالة السعة والاختيار أو الظروف العادية فاذا طرأ ظرف من الظروف غير العاديـة يجعل من المتعذر على الدولة الاسلامية وسلطاتها العامة تحقيق المصالح والغايات المبتغاة والتى هى مقصود الشارع الاسلامى من فرضية نظـام

الدولة ــ الخلافة ــ على المسلمين فان الوضع هنا يقتضى العدول عن الأحكام الأصلية الى مايناسبها بالقدر الذى تستوجبه الضرورة ٠

نخلص من ذلك أن الضرورة ليس مجالها الأفراد فحسب ، وانما قد تتعرض الدولة سواء فى علاقاتها مع غيرها من الدول أو فى مزاولتها لأنشطتها المختلفة لأوضاع استثنائية غير مألوفة تفرض عليها استخدام وسائل استثنائية للمحافظة على مصالحها الضرورية ٠ ومن ثم فان وضع نظرية عامة منضبطة ومحكمة للضرورة فى ميدان القانون العام الاسلامى أولى وأهم وتفوق فى أولويتها وأهميتها الضرورة التى يواجهها الأفراد ، والتى أجمع الفقه على مشروعية الوسائل المختلفة لدفعها وترجع هذه الأهمية لعدة أمور ٠

الأمر الأول :

أن الضرورة التى قد تتعرض لها الدولة الاسلامية ، قد تنطوى على تهديد مصالحها الأساسية وأمنها وسلامتها للخطر ــ والوضع فى الضرورة كذلك ــ بل قد يتعدى الخطر المترتب على الضرورة الى وجود الدولة ذاتها وهو ما يفرض حتمية مواجهة كل الحالات التى تؤدى الى ذلك بوسائل استثنائية تلائمها وتؤدى الى دفعها والنتيجة المنطقية أنه اذا كان مسلما من الشارع الاسلامى للأفراد بالخروج على الشرعية العادية ــ حكم الأصل ــ لأعذار طارئة ،وأوجد لهم السبل المختلفة لدفع الخطر ودرئه بما يحمى مصالحهم الضرورية من الخطر فمن باب أولى أن يسلم للدولة الاسلامية وسلطاتها العامة بالعدول عن الحكم الأصلى الى غيره مما ينافيه دفعا للخطر واعمالا لما تقتضيه الضرورة من أحكام ٠

الأمر الثانى :

ومما يجعل لنظرية الضرورة فى نطاق القانون العام أهميتها

أن هذه الضرورة قد لا تفرض كما هو معهود فى نطاق الأفراد التيسير والتخفيف وانما قد تفرض وضع قيود على حقوق الأفراد وحرياتهم العامة وبمعنى أدق قد تلزم هذه الظروف الدولة الاسلامية وضع قيود مشددة على الأفراد والتضحية ببعض المصالح الفردية كما هو الأمر فيما بحث الفقهاء فى مشروعية ضرب الأعداء مع تترسهم ببعض أسارى المسلمين ، وما قد تفرضه الحرب من أوضاع على السلطة العامة فى الدولة الاسلامية غير مألوفة فى الظروف العادية وغير ذلك من الحالات ، ولما كان الفقهاء قد بينوا — وعلى درجة كبيرة من البحث والافاضة — حالات الضرورة فى مواجهة الأفراد ، فان الأمر يقتضى تأصيل هذه النظرية وبيان ما تستوجبه فى نطاق القانون العام الاسلامى .

الأمر الثالث : تؤدى الضرورة فى النطاق الفردى لأمور فطرية وغريزية بثها الله عز وجل فى الانسان أن يلجأ الى استخدام وسائل استثنائية اذا ما واجهته ظروف استثنائية غير مألوفة لأن الضرر الذى تحدثه الضرورة فى الانسان ضرر مباشر يصيبه فى نفسه أو ماله أو عرضه أو دينه أو عقله أو مصلحة من مصالحه الحيوية فيلجأ الى ما تقتضيه الضرورة مدفوعا بغريزة البقاء وحب الذات والدفاع عن النفس ومن ثم جاءت الشرائع السماوية جميعها لتقنين هذه الحالة وتضع الضوابط التى يتعين الالتزام بها حتى لا يضحى الانسان بمصالح أساسية لغيره والتى قد تفوق مصالحه ، أما فى الضرورة التى تواجه الدولة وسلطاتها العامة فان الخطر ليس واقعا على شخص بعينه وانما واقع على كيان الدولة ذاتها أو مصالحها الأساسية مما قد يقتضى التضحية بمصالح فردية أو حقوق أساسية للأفراد الأمر الذى يستوجب بيان الضوابط والحدود لنظرية الضرورة فى هذا الميدان .

واعمال الضرورة فى مجال الدولة وسلطاتها العامة يؤدى اليه نفس الاعتبارات التى أدت للأفراد باعمال حكم الضرورة فاذا كان من المسلم به أن شرط جمع التكاليف الشرعية التى قررها الشارع الحكيم هو قدرة المكلف على اتيانها ، فما لا قدرة للمكلف عليه لا يسوغ التكليف به شرعا [1] . فان نفس الشرط هو الذى يسوغ للدولة اعمال حكم الضرورة وذلك أننا نرى أن شرط القدرة يستوى فى نطاقه الأفراد والسلطات العامة فى الدولة الاسلامية ، مما يؤدى بنا الى القول بأن الشريعة الاسلامية تتفرد برسم نظرية عامة محكمة للمشروعية فى حالة الضرورة ، بحيث تعتبر هذه الحالة الوجه الثانى للمشروعية الذى قرره الشارع اعمالا لما تفرضه الضرورة من أحكام .

وهو ما يؤدى الى أن تعتبر بعض القرارات التى كان يتعين الحكم بعدم مشروعيتها فى الظروف العادية يمكن أن تعتبر مشروعية وجائزة اذا ثبت أنها لازمة لحماية المصالح الأساسية للمجتمع الاسلامى للظروف الشاذة وغير المألوفة التى يمر بها المجتمع الاسلامى ، ويتحقق ذلك فى كل الحالات التى تتعرض الدولة الاسلامية وسلطاتها العامة فيها للخطر اذا لم تأخذ بما تفرضه الضرورة من أحكام [2] .

وترتيبا على ذلك يكون للسلطات العامة فى الدولة الاسلامية عند مواجهتها لحالة من حالات الضرورة التى تطرأ على حياة الدولة الاسلامية أن تعدل عن حكم الأصل المقرر لحالة السعة والاختيار

---

(١) الامام الشاطبى — الموافقات ج ٢ ص ١٠٧ .
(٢) انظر فى هذا المعنى :
الشيخ محمد رشيد رضا — تفسير المنار ج ١ ص ١١٥ .
وهبة الزحيلى — نظرية الضرورة الشرعية ص ٦٥ .

وتتخلى ـ بصفة مؤقتة ـ عن تطبيقه ، الى غيره من الأحكام المخالفة لحكم الأصل ، وذلك اذا تبينت هذه السلطات أن تمسكها بقواعد المشروعية المقررة لحالة السعة والاختيار سيؤدى الى تهديد حياة الدولة الاسلامية وتعريض مصالحها الأساسية للخطر والضياع • وبهذا يمكن تحديد معنى الضرورة بالنسبة للدولة الاسلامية بأنها كل حالة استثنائية تطرأ على الدولة الاسلامية ـ وسلطاتها العامة ـ بحيث لو لم تراعيها لجزم أو خيف أن تتعرض مصالحها الأساسية للخطر أو الضياع •

ويلاحظ أن القرارات والتصرفات والاجراءات التى تتخذها السلطات الاسلامية بالمخالفة لحكم الأصل عند توافر حالة الضرورة تكون صحيحة شرعا وملزمة للأمة الاسلامية وأفرادها ، وعليهم جميعا طاعتها والامتثال لها ، والا ترتب الاثم فى حقهم وثبتت مسئوليتهم عند مخالفتها • تماما مثل وجوب التزام طاعة السلطة والامتثال لقراراتها بالنسبة للوجه الأول من المشروعية (١) •

---

(١) للمزيد من التفصيل د / محمد طاهر عبدالوهاب ـ المصدر السابق ص٦٩٦ ومابعدها •

الفصل الثانى

مشروعية نظرية الضرورة فى الفقه الاسلامى

تجد نظرية الضرورة فى الفقه الاسلامى أساس مشروعيتها فى مصادر الشريعة الاسلامية المختلفة سواء فى القرآن أو السنة أو الاجماع أو القواعد الكلية ، والأصول الشاملة فى الشريعة الاسلامية . وسنعرض فيما يلى لكل دليل من هذه الأدلة فى مبحث مستقل .

المبحث الأول

الضرورة فى القرآن الكريم

يتضمن القرآن الكريم العديد من الآيات التى تثبت أصل نظرية الضرورة وتؤكد مشروعية العمل بها اذا توفر الداعى الى ذلك ، ويلاحظ ذلك من خلال تأكيد بعض الآيات على ابتناء الشريعة الاسلامية على السماحة والتيسير على الناس ، ونفى الحرج ودفع المشقة عنهم ، وأنه ليس من مقاصدها ايقاع المكلفين فى الحرج أو تكليفهم بما لا يطاق ، أو بما فيه مشقة زائدة . كما يلاحظ ذلك أيضا من خلال فهم البعض لنصوص القرآن الكريم على نحو يعطى الضرورة أحكاما تغاير الأحكام المقررة فى حالة السعة والاختيار . وهكذا يمكن القول أن خطة القرآن الكريم فى تأسيس نظرية الضرورة وافرادها بأحكام خاصة نحا نحو اتجاهين : الاتجاه الأول وهو غير مباشر ، ويتبدى فى بيان الشريعة الاسلامية لمبادئ اليسر والسماحة ، ونفى الحرج ودفع المشقة عن الناس فى أحكام الشرع ، وما ينطوى عليه ذلك من مفهوم اعتماد الشارع

لمظاهر التيسير في الأحكام الشرعية كلما وجدت المشقة [1] . ومن الآيات القرآنية التي تدل على ذلك قوله تعالى : "يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر " [2] ، وقوله تعالى :" وما جعل عليكم في الدين من حرج " [3] ، وقوله تعالى : "يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الانسان ضعيفا " [4] ، وقوله تعالى : " لا يكلف الله نفسا وسعها " [5] .. فهذه الآيات الكريمة وان كانت تدل أصلا على أن التشريع الاسلامي قد بني على التخفيف والتيسير على الناس ورفع الحرج عنهم في أحكام الشرع [6] ، الا أنها تدل أيضا من جهة أخرى غير مباشرة على تأسيس مبدأ ونظرية الضرورة الاسلامية وبيان الدعائم التي تقوم عليها . فرفع الحرج في حالة الضرورة بين وواضح لأنه اذا وجدت ضرورة تقتضي التخفيف ورفع الحكم عن المكلف ولم يرفع ، فانه يقع في مشقة بالغة وحرج شديد [7] . ومن ثم فان الحرج المترتب على الضرورة أظهر وأبلغ مما يحتم رفعه .

ويفهم ذلك من كلام الامام السرخسي حينما قال : "الحرج مرفوع بالنص ، وفي موضع الضرورة يتحقق معنى الحرج " [8] . ونجد هذا الاتجاه أيضا فيما قرره بعض المعاصرين وهو الامام الأكبر الشيخ

---

(١) د . وهبة الزحيلي : نظرية الضرورة الشرعية ص٦ ٣ ، ٥٥ .
(٢) سورة البقرة آية ١٨٥ .
(٣) سورة الحج آية ٧٨ .
(٤) سورة النساء آية ٢٨ .
(٥) سورة البقرة آية ٢٨٦ .
(٦) انظر الشاطبي في الموافقات ج ١ ص ٣٤٠ .
(٧) د . يعقوب عبد الوهاب الباحسين : المرجع السابق ص ٦٨ ٣ ،
د . يوسف قاسم : نظرية الضرورة ص ١٠٢ .
(٨) أصول السرخسي (دار الكتاب العربي بمصر سنة ١٣٧٢هـ) ج٢ص ٢٠٣ .

محمد مصطفى المراغى ، الذى قال : " فى الكتاب الكريم (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر) ، (وما جعل عليكم فى الدين من حرج) . هذان النصان يجب أن تبقى سيطرتهما تامة على جميع التشريع الاسلامى . فاذا ما وجدنا أن العمل بالنصوص الخاصة بمسألة من المسائل من شأنه أن يؤدى الى الوقوع فى الحرج كان واجبا أن لا تطبق النصوص الخاصة على تلك المسألة ، وأن يعمل بالنص العام الموجب لنفى الحرج "(١) . والاتجاه الثانى وهو اتجاه مباشر ، ويظهر فى آيات القرآن الكريم التى نصت صراحة على اعطاء الضرورة أحكاما تغاير الأحكام المقررة فى حالة السعة والاختيار وان تفاوت استخدام اللفظ الذى يدل على ذلك بين استخدام لفظ "الضرورة" أو ما يؤدى معناها ويجرى مجراها . وقد ورد استخدام لفظ "الضرورة" فى قوله تعالى : "انما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه ان الله غفور رحيم "(٢) . وقوله تعالى : " حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع الا ما ذكيتم وما ذبح على النصب وأن تستقسموا بالأزلام ذلكم فسق اليوم يئس الذين كفروا من دينكم فلا تخشوهم واخشون اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الاسلام دينا فمن اضطر فى مخمصة غير متجانف لاثم فان

---

(١) الاجتهاد فى الاسلام . سلسلة الثقافة الاسلامية ـ العدد ١١ سبتمبر ١٩٥٩م ص ٥١ .

(٢) سورة البقرة آية ١٧٣ .

الله غفور رحيم "[١] ، وقوله تعالى : " وما لكم ألا تأكلوا مما ذكر اسم الله عليه وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه وان كثيرا ليضلون بأهوائهم بغير علم ان ربك هو أعلم بالمعتدين "[٢] ، وقوله تعالى : " قل لا أجد فيما أوحى الى محرما على طاعم يطعمه الا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير فانه رجس أو فسقا أهل لغير الله به فمن اضطر غير باغ ولا عاد فان ربك غفور رحيم "[٣] ، فهذه الآيات تبين أن القرآن الكريم قد أباح تناول المطعومات المحرم تناولها فى الشريعة الاسلامية ، تقديرا منه لحالة الاضطرار المتمثلة فى الخوف على النفس من الهلاك . فقد استثنى الله تعالى حالة الضرورة من التحريم ، والاستثناء من التحريم اباحة ، وما حرم قبل الاستثناء كان مباحا قبل التحريم ، فعاد به الاستثناء الى الحكم الأصلى ـ الاباحة ـ مراعاة لحالة الضرورة [٤] . أما الآيات التى عبرت عن حالة الضرورة بمعناها أو ما يجرى مجراها فمنها قوله تعالى : " من كفر بالله من بعد ايمانه الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان ولكن من شرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم "[٥] . فقد أباح الله تعالى التلفظ بكلمة الكفر فى حالة الاضطرار بالاكراه على ذلك بالقتل أو باتلاف بعض الأعضاء [٦] ، مع أن ذلك محرم

---

(١) سورة المائدة آية ٣ .
(٢) سورة الأنعام آية ١١٩ .
(٣) سورة الأنعام آية ١٤٥ .
(٤) د . وهبة الزحيلى : نظرية الضرورة الشرعية ص ٥٧ .
(٥) سورة النحل آية ١٠٦ .
(٦) تفسير القرطبى جـ ١٠ ص ١٨٠ ومابعدها .

بحسب الأصل . وكذا قوله تعالى : " لا يتخذ المؤمنون الكافرين أولياء من دون المؤمنين ومن يفعل ذلك فليس من الله فى شىء الا أن تتقوا منهم تقاة ويحذركم الله نفسه والى الله المصير "(١) . فبين الله تعالى أن مودة الكفار لا تجوز ، وحكم الأصل الذى لا تجوز مخالفته فى الأحوال العادية هو الحرمة ، ولكن أبيح الخروج على ذلك فى حالة الضرورة تقية من الكفار . وقد وضع المفسرون ضابطا فى هذه الحالة فقالوا ان التقية لا تحل الا مع خوف القتل أو القطع أو الايذاء العظيم (٢) . ومن ذلك أيضا قوله تعالى : " لا يحب الله الجهر بالسوء من القول الا من ظلم وكان الله سميعا عليما "(٣) . فالأصل أن الجهر بالسوء من القول محظور على المسلم ، ولكن يباح الخروج على ذلك استثناء عند الظلم أى فى حالة الضرورة (٤) . وكذلك قوله تعالى : " ما قطعتم من لينة أو تركتموها قائمة على أصولها فباذن الله وليخزى الفاسقين "(٥) ، فقد جاء ذلك استثناء من قوله تعالى : " ولا تعثوا فى الأرض مفسدين "(٦) ، " ولا تفسدوا فى الأرض بعد اصلاحها "(٧) . فبمقتضى النصوص الأخيرة يكون الافساد فى الأرض محرما على المسلمين بحسب الأصل فى الظروف العادية ، ولكن أبيح مخالفة ذلك استثناء نزولا على مقتضيات ظروف الحرب والتنكيل بالعدو ، واجباره على

(١) سورة آل عمران آية ٢٨ .
(٢) تفسير القرطبى ج ٤ ص ٥٧ ، ٥٨ .
(٣) سورة النساء آية ١٤٨ .
(٤) تفسير القرطبى ج ٦ ص ١ ومابعدها .
(٥) سورة الحشر آية ٥ .
(٦) سورة البقرة آية ٦٠ .
(٧) سورة الأعراف آية ٥٦ .

التسليم بأقل الخسائر الممكنة ، أى فى حالة الضرورة [١] .

ويتبين لنا مما تقدم أن القرآن الكريم قد أسس نظرية الضرورة الاسلامية فى العديد من الآيات ، وأنه لم يقتصر فى بيانه لأصول تلك النظرية على ضرورة المخمصة كما يذهب الى ذلك بعض الباحثين المحدثين الذين تناولوا هذه النظرية بالبحث [٢] ، وانما مدّ هذه الأحوال لتشمل أيضا ضرورات الاكراه والتقية والظلم وظروف الحرب ، وغير ذلك من الأحوال الاضطرارية التى يمكن التعرف عليها من خلال آيات القرآن الكريم ، وهو ما يؤكد ما سبق أن أشرنا اليه أن هذه النصوص تنطوى على تقرير مبدأ عام يجب مراعاته والنزول على أحكامه ومقتضياته بحيث تؤدى الى نظرية متكاملة ومنضبطة للضرورة فى مجالاتها المختلفة سواء تعلقت بآحاد الأفراد ، أو تعلقت بالدولة وفى الحالة الأخيرة يمكن أن تكون الضرورة فى المجال الداخلى ، كما يمكن أن تفرض الضرورة أحكاما مغايرة فى علاقة الدولة الاسلامية بغيرها من الدول [٣] .

---

(١) تفسير القرطبى ج ١٨ ص٦ ومابعدها .
(٢) انظر : د . وهبة الزحيلى : نظرية الضرورة الشرعية ص ٥٥-٥٦ .
(٣) د / محمد طاهر عبدالوهاب ــ المصدر السابق ص ٧٠٥ .

المبحث الثانى

الضرورة فى السنة النبوية

جاءت السنة النبوية بتأكيد قيام الدين الاسلامى على السماحة واليسر ورفع الحرج والمشقة ، كما جاءت أيضا بمخالفة حكم الأصل عند توافر الضرورة . وهذا يعنى أن السنة النبوية قد أخذت فى اعتبارها نظرية الضرورة . ونسوق فيما يلى بعض النصوص التى تثبت هذا القول :

(أ) ما روى عن جابر بن عبد الله أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : " بعثت بالحنيفية السمحة "(١) .

(ب) ما روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت : " ما خير النبى صلى الله عليه وسلم بين أمرين الا اختار أيسرهما ما لم يكن اثما ، فان كان اثما كان أبعد الناس عنه "(٢) .

(جـ) قول النبى صلى الله عليه وسلم : " ان الله يحب أن تؤتى رخصه كما تؤتى عزائمه "(٣) .

(د) قوله صلى الله عليه وسلم لمعاذ بن جبل وأبى موسى الأشعرى رضى الله عنهما عندما بعثهما الى اليمن : " يسرا ولا تعسرا وبشرا ولا تنفرا وتطاوعا "(٤) .

(هـ) نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن قطع يد السارق فى الحرب حيث قال : " لا تقطع الأيدى فى الغزو "(٥) .

---

(١) السيوطى : الجامع الصغير من أحاديث البشير النذير ج ١ ص ٤٢٥ .
(٢) البخارى : صحيح البخارى ج ٨ ص ٣٧ ، ١٩٨ ، ١٩٩ .
(٣) المناوى : فيض القدير شرح الجامع الصغير ج ٢ ص ٢٩٢ .
(٤) البخارى : صحيح البخارى ج ٨ ص ٣٦ .
(٥) سيرة ابن هشام ج ٢ ص ٦٦ ، ٦٧ .

فجاء ذلك استثناء من الأصل العام وهو اقامة الحدود لظروف طارئة وضرورة أملته وهى ظروف الحرب . كما أجل النبى صلى الله عليه وسلم اقامة الحد لضرورة المرض ، وذلك بالنسبة للزانية غير المحصنة حتى تشفى من مرضها وتقوى على تحمل الجلد [١] . وذلك استثناء من الأصل العام المتمثل فى وجوب اقامة الحدود بلا تأخير[٢] .

(و) رخص الرسول صلى الله عليه وسلم للرجال فى لبس الحرير لضرورة المرض أو فى الحرب .

ومعلوم أن ذلك محرم بحسب الأصل ، فقد روى أن النبى صلى الله عليه وسلم رخص لعبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه فى قميص حرير من حكة كان يجدها بجلده ، كما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم رخص فى ذلك للزبير بن العوام أيضا [٣] .

(ز) روى عن أسامة بن زيد رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : " الطاعون آية الزجر ابتلى الله به عز وجل أناسا من عباده ، فاذا سمعتم به فلا تدخلوا عليه ، واذا وقع بأرض أنتم بها فلا تفروا منه " [٤] . وهذا استثناء من الأصل العام الذى يكفل حرية التنقل للمسلمين فى الظروف العادية . وغير ذلك كثير من النصوص العديدة فى كتب السنة التى تنفى الحرج عن المسلمين ، وتؤدى الى اباحة الفعل الذى كان محظورا فى الأصل اذا دعت الضرورة لذلك [٥] .

---

(١) الكمال بن الهمام : شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٧ .
(٢) الشهيد عبد القادر عودة : التشريع الجنائى الاسلامى ج٢ ص ٤٥٣ .
(٣) انظر : صحيح مسلم ج ٤ ص ٦٧٨ ، ابن سعد : الطبقات ج ١ ص ٩٢ ، د . وهبة الزحيلى : نظرية الضرورة الشرعية ص ٢٣٧،٢٣٦ .
(٤) مسلم : صحيح مسلم بشرح النووى ج ٥ ص ٦٣ ومابعدها .
(٥) الشاطبى : الموافقات ج ٢ ص ١٨٧ .
د / محمد طاهر عبد الوهاب ــ المصدر السابق ص ٧٠٦ ومابعدها .

المبحث الثالث

الاجماع كأساس للضرورة

أجمع المسلمون على عدم التكليف بما لا يطاق أو ما فيه مشقة زائدة غير مألوفة ، وهو ما يدل على أن الشارع لم يقصد من وراء هذه التكاليف الشرعية تحقيق المشقة واعنات المكلفين ، لأنه لو كان يقصد ذلك لترتب عليه التناقض والاختلاف فى أحكام الشريعة ، وذلك منفى عنها ، اذ أن عدم التكليف بما لا يطاق يعتبر أصلا من أصول الشريعة وقد ثبت أنها موضوعة على قصد الرفق والتيسير ، وذلك لأن النصوص القاطعة تؤدى الى هذا الأصل العام على سبيل اليقين . وعلى ذلك يكون القول بأن الشارع يقصد من التكاليف الشرعية المشقة فى الوقت الذى بنيت فيه الشريعة على الرفق والتيسير من باب التناقض الذى تنزهت عنه الشريعة(1) . الى جانب أن الالتزام بالأحكام الشرعية منوط أساسا بالمصلحة التى يمكن أن تنشأ عنها بحيث اذا تغيرت الظروف وكان اعمال الحكم الأصلى سيترتب عليه مفسدة بسبب الضرورة فان الحكم الأصلى ابتداء لا يكون واجب التطبيق فى هذه الحالة اعمالا لما تقضى به الضرورة (2) . وعلى ذلك انعقد الاجماع بين المذاهب الاسلامية المختلفة على عدم وقوع المشقة غير المألوفة فى التكاليف الشرعية ،وعدم قصد الشارع اعنات المكلفين أو تكليفهم بما لا تطيقه نفوسهم(3) . وهو ما يوضح أن القاعدة التى يتحتم اعمالها فى

---

(١) الشاطبى : الموافقات جـ ٢ ص١٢٢ ، ١٢٣ .

(٢) عبدالوهاب خلاف : أصول الفقه وتاريخ التشريع الاسلامى ص ٧٧ ، ٧٨ .

(٣) د . وهبة الزحيلى : نظرية الضرورة الشرعية ص٣٦ .

الظروف العادية قد يعدل عنها الى غيرها فى حالة الضرورة حيث تستوجب هذه الحالة غير العادية عدم اعمال القاعدة الأصلية • فمن الثابت أن السلطات العامة فى الدولة الاسلامية فى عهد الخلفاء الراشدين كانت تطبق نظرية الضرورة عند طروء حالة من حالات الضرورة أو ما يجرى مجراها من الحاجات الماسة التى تأخذ حكمها ، فكانت تعدل عن حكم الأصل المقرر فى الظروف العادية الى غيره من الأحكام التى يقتضيها دفع هذه الحالات [1] • وذلك دون أن يعلم انكار ذلك أو الاعتراض عليه من الصحابة الذين هم عماد الاجتهاد بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وهو الأمر الذى يمثل اجماعا على العمل بنظرية الضرورة عند توافر أسبابها •

---

(١) انظر فى ذلك :

الشاطبى : الاعتصام جـ ٢ ص ١١٩ ومابعدها •

د • وهبة الزحيلى : نظرية الضرورة الشرعية ص ١٦٤ ، ١٦٥ •

د / محمد طاهر عبدالوهاب ـ المصدر السابق ص ٧١١ •

المبحث الرابع

القواعد الكلية والأصول الشاملة في الشريعة الاسلامية

الى جانب القرآن الكريم والسنة النبوية والاجماع ، فان القواعد الكلية والأصول الشاملة التى انبنت عليها الشريعة الاسلامية تؤدى الى هذا الأصل العام . ومن هذه القواعد : " الأصل فى المنافع الاباحة "، " الأصل فى المضار التحريم " ، " أن المعجوز عنه فى الشرع ساقط " ، " المشقة تجلب التيسير " ، " الضرورات تبيح المحظورات " ، وغير ذلك من القواعد الكلية والأصول الشاملة التى تؤدى كلها الى رفع الحرج وعدم قصد الشارع التكليف بما لا تطيقه النفوس أو يؤدى الى العنت[1] والى جانب هذه القواعد التى توضح اعتبار الضرورة وتبين أن الشريعة مبنية على التيسير ورفع الحرج ، فانه يمكن القول أن هناك أصلين تستند اليهما نظرية الضرورة يعتبران الأساس فى تشريع أحكامها ، وهذان الأصلان هما فكرة الضرورة وفكرة المصلحة .

وفيما يلى نتكلم عن أساس الضرورة ثم نتكلم عن بعض القواعد الكلية والأصول الشاملة التى تنبنى عليها الضرورة .

---

(١) د . يعقوب عبد الوهاب الباحسين : المرجع السابق ص ٤٧٣ وما بعدها وفى هذا المعنى : د . وهبة الزحيلى : المرجع السابق ص ٣٧ ، ٣٨ ، د . يوسف قاسم : نظرية الضرورة ص ١١٠ ، ١١٤ .

المطلب الأول

أســاس الضــرورة

أشرنا فيما سبق الى أن الضرورة فى الفقه الاسلامى تستند الى أصلين أساسيين هما فكرة الضرورة ، والمصلحة العامة لجماعة المسلمين وفيما يلى تفصيل ذلك حيث نتكلم عن كل من الفكرتين كل فى فرع خاص •

الفــرع الأول

فكــرة الضــرورة

وهذه الفكرة تقرها وتعترف بها كافة الشرائع السماوية [1] — كما تقرها أيضا كافة التشريعات الوضعية — وتعتبر من الركائز الأساسية التي ينبنى عليها تشريع الأحكام فى الشريعة الاسلامية •

على أنه وان كانت فكرة الضرورة فكرة قديمة قدم الانسان أقرتها الشرائع السماوية والوضعية الا أن الشريعة الاسلامية حينما أقرت هذه الفكرة فقد أقامت معالم دقيقة لهذه النظرية فأوضحت شروطها وضوابطها وأحكامها والآثار التى تترتب عليها •

والضرورة فى الشريعة الاسلامية تعتبر سببا من أسباب "الرخصة" التى هى الوجه الثانى للمشروعية — كما أسلفنا — والتى قررت من قبل الشارع الحكيم تيسيرا على العباد ولرفع الحرج عنهم •

---

(١) للمزيد فى هذا الشأن : د • يوسف قاسم — المصدر السابق ص ١٥— ٢٠ ، حيث بين باقاضة نظرية الضرورة فى اليهودية وفى المسيحية •

وذلك بالنظر الى ما تقتضيه الضرورة من أحكام فى جانب الأفراد ، أو بالنظر الى ما تستوجبه الضرورة من أحكام فى مواجهة السلطات العامة فى الدولة الاسلامية ، التى يجوز لها أن تتخذ اجراءات بحكم ما تقتضيه الضرورة فى مواجهة الأفراد مخالفة للقواعد الأصلية التى قررت ابتداء ، وينبغى أن نلاحظ فارقا هاما بين اعمال الضرورة بالنسبة للأفراد واعمالها فى مجال ممارسة السلطات العامة ، فاذا كانت الضرورة تعنى بالنسبة للأفراد التيسير والتخفيف ، الا أنها بالنسبة للدولة الاسلامية قد تفرض اجراءات أشد من الاجراءات العادية ، مثل تقييد الحريات أو اتخاذ اجراءات رادعة أو تشديد العقوبات الى غير ذلك مما تفرضه الضرورة حفاظا لكيان الدولة الاسلامية ومصالحها الأساسية على النحو الذى سوف نشير اليه .

الفرع الثانى

فكرة المصلحة

وترجع هذه الفكرة الى أن الشريعة الاسلامية كما أجمع على ذلك فقهاء المذاهب الاسلامية المختلفة ، مبناها وأساسها " تحقيق المصالح الأساسية لجماعة المسلمين ، سواء فى جانبها العقائدى أو فى جانب الأحكام العملية "(١) . لذلك قيل بحق أن الأحكام الشرعية هى وعاء المصالح الحقيقية(٢) ذلك أن الثابت بالأدلة القاطعة أن الشريعة الاسلامية وضعت لتحقيق مصالح العباد ، ومن ثم فان جميع الأعمال تكون صحيحة أو باطلة حسب تضمنها أو عدم تضمنها المصلحة العامة لجماعة المسلمين(٣) .

---

(١) الشاطبى : الموافقات ج ٢ ص ٦ .

(٢) الامام محمد أبو زهرة — أصول الفقه ص ٣٥٦ .

(٣) فى هذا المعنى : الامام الشاطبى — الموافقات ج ٢ ص ٣٨٥ .

وابتناء الأحكام فى الشريعة الاسلامية على المصلحة يستطيع الباحث أن يتبينه بيسر وسهولة اذا ما وقفنا على النصوص المختلفة فى مصادر المشروعية الاسلامية التى تؤكد كلها رعاية الشريعة الاسلامية لمصالح الناس وابتنائها على هذه المصالح (١) .

والمصلحة التى انبنت عليها الأحكام فى الشريعة الاسلامية واعتبرت مصدرا لها هى عبارة عن " المنفعة التى قصدها الشارع الحكيم لعباده ، من حفظ دينهم ونفوسهم ونسلهم وعقولهم وأموالهم طبق ترتيب معين فيما بينها "(٢) . حسب أهميتها حيث يعلو حفظ الدين على سائر المقاصد ثم النفس فالعقل فالنسل فالمال وهو ترتيب منطقى بما يحفظ للناس مصالحهم فى الآخرة والدنيا وحفظ هذه الأصول المجمع عليها كمصالح انبنت عليها أحكام الشريعة يتحقق بأمرين :

الأول : جلب المصالح .

الثانى : دفع المضار .

وجلب المصالح ودفع المضار لا يقصد به مقاصد الخلق ، وانما مقصود الشارع ، ومقاصد الشارع خمسة هى : الدين والنفس والعقل والنسل والمال وكل ما من شأنه أن يؤدى الى حفظ هذه الأصول فهو مصلحة مقصودة من الشارع وكل ما من شأنه أن يفوتها فهو مفسدة يجب دفعها (٣) .

---

(١) د . على جريشة — المشروعية الاسلامية العليا ص ٦٩ .

(٢) الدكتور محمد السعيد عبد ربه — بحوث فى الأدلة المختلف فيها ص ٨٤ . حيث ينسب فضيلته هذا التعريف للامام الرازى .

(٣) د . محمد السعيد عبد ربه — المصدر السابق ص ٨٤ حيث ينسب القول الى الامام الغزالى الذى عرف المصلحة بأنها جلب منفعة ودفع مفسدة ويلاحظ أن هذا الرأى جعل النسل محل العرض كمقصود من المقاصد الخمسة .

ويقسم الفقهاء المصالح الى ثلاثة أنواع :

النوع الأول : المصالح المعتبرة :

وهى التى قام الدليل الشرعى على رعايتها واعتبارها ومن أمثلتها ما قرره الشارع من أحكام لحفظ الأصول الخمسة التى أشرنا اليها .

وهذا النوع من المصالح يمكن التعليل به وبناء الأحكام عليه ، حيث يتحتم على المجتهد البحث عن المصلحة المعتبرة فى الحكم فاذا ما تبينها وجدت حادثة أخرى غير منصوص على حكمها وتحقق فيها ذات المصلحة فان المجتهد يمكن أن يعمل القياس فيقيس غيرا لمنصوص عليه على ما فيه نص ويعطى الأول الحكم المقرر للثانى لتساويهما فى العلة (١) .

وتنقسم المصالح المعتبرة الى ثلاثة أقسام :

القسم الأول - مصالح ضرورية :

وهى التى يتوقف عليها حياة الناس الدينية والدنيوية ، وتتحدد فى المحافظة على الأصول الخمسة : الدين ، النفس ، العقل ، النسل ، المال . وهذه المصالح اذا تخلفت اختل نظام الحياة وعمت الفوضى وانتشر البلاء والفساد .

وكما يقرر الامام الشاطبى فى بيانه لأهمية هذه المصالح وضرورتها بأنها : " ما لابد منها لقيام مصالح الدين والدنيا ، بحيث اذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة ، بل على فساد وتهارج وفوات حياة ، وفى الآخرة فوات النجاة والنعيم والرجوع بالخسران

(١) الشيخ زكى الدين شعبان - أصول الفقه الاسلامى ص ١٦٩ .
د . حسن الشاذلى - المدخل للفقه الاسلامى - طبعة جامعة الكويت عام ١٩٧٧م ص ٤٢٥ .
الامام محمد أبو زهرة - أصول الفقه ص ٣٥٢ ومابعدها .

المبين »(1) .

القسم الثانى — مصالح حاجية :

وهذه المصالح لا يقصد منها حفظ المصالح الخمسة المتقدمة ، ولا حمايتها لأن هذه الأصول تتحقق بدون المصالح الحاجية وانما المقصود منها رفع الحرج عن الناس ، ففواتها لا يترتب عليه اختلال بنظام الحياة كما هو الأمر فى النوع الأول من المصالح ولكن يفوت رفع الحرج عنهم ومن ثم فان هذه المصالح شرعت لحاجة الناس الى التوسعة ورفع الضيق المؤدى الى الحرج والمشقة .

القسم الثالث — المصالح التحسينية أو التكميلية :

وهذه بدورها لا يقصد منها حفظ الأصول الخمسة ، كما لا يقصد منها رفع الحرج أو الضيق المؤدى الى الحرج والمشقة ، وانما المقصود منها الأخذ بمحاسن العادات والاستهداف الى كمال الأخلاق (2) .

النوع الثانى : المصالح الملغاة :

وهى التى قام الدليل الشرعى على اهدارها والغائها ،فهذه المصالح شهد الشرع ببطلانها وعدم اعتبارها ، والشارع لا يهدر مصلحة أو يلغيها الا اذا ترتب على اعتبارها أو الاعتداد بها ضياع مصلحة أرجح منها .

---

(1) الامام الشاطبى — الموافقات ج ٢ ص ٤ .

(2) للمزيد من التفصيل :

— أستاذنا المرحوم الشيخ محمد زكريا البرديسى — أصول الفقه ص ٣٢١ . — الشيخ زكى الدين شعبان — المصدر السابق ص ١٦٩ — ١٧٠ — د . محمد السعيد عبد ربه — المصدر السابق ص ٨ ومابعدها .

وهذا النوع من المصالح لا يصح التعليل به أو بناء الأحكام عليه باتفاق الفقهاء ، مهما تحقق من مصالح من وراء العمل بهذا النوع لأنها مهدرة [(١)] .

وهذا النوع لا يعتبر بالمعنى الدقيق مصالح لما يؤدى اليه من مفاسد .

النوع الثالث : المصالح المرسلة :

وهى التى لم يقم دليل من الشرع على اعتبارها أو الغائها ، وسميت بالمرسلة لأنها مطلقة عن دليل اعتبارها أو الغائها فالشارع سكت عنها ولم يرتب حكما على وفقها أو خلافها . والمصلحة المرسلة لا تتحقق الا فى الوقائع التى سكت عنها الشارع وليس لها أصل معين يمكن أن تقاس عليه ، ويتحقق فيها معنى مناسب يصلح أن يكون مناطا لحكم شرعى [(٢)] .

وهذا النوع من المصالح لا يجوز أن يكون مصدرا للأحكام فى نطاق العبادات والعقوبات ، وانما يعمل بها فقط فى نطاق المعاملات [(٣)] .

وليس من شك فى أن المصالح الضرورية التى أشرنا اليها يمكن أن يكون لأحكام الضرورة فى نطاقها تطبيقات شتى لأنها مقصود أساسى

---

(١) للمزيد من التفصيل :
— الشيخ زكى الدين شعبان — المصدر السابق ص ١٧٠ .
— د . حسن الشاذلى — المصدر السابق ص ٤٢٦ .

(٢) أستاذنا المرحوم الشيخ محمد زكريا البرديسى — المصدر السابق ص ٣٢٤ .
الشيخ زكى الدين شعبان — المصدر السابق ص ١٥٣ .
د . محمد السعيد عبد ربه — المصدر السابق ص ١٠٦ .

(٣) استاذنا الشيخ محمد زكريا البرديسى — المصدر السابق ص ٣٢٥ .

للشارع سواء كنا فى حالة السعة أو فى حالة الاضطرار . ويتوقف عليها صلاح الآخرة والدنيا لذلك فانه اذا حدثت ظروف اضطرارية تتهددها فان الأمر يفرض اعمالا لهذه الظروف التدخل بالأساليب التى تناسبها .

والملاحظة الجديرة بالاعتبار أن المصالح التى أشرنا اليها تتدرج فيما بينها حيث تعتبر المصالح الضرورية أهم هذه المصالح لما يترتب عليها من حفظ الدين والدنيا على النحو الذى يحقق مقاصد الشارع ويليها المصالح الحاجية ثم المصالح التحسينية وفى حالة تحقق الضرورة بأن طرأت ظروف غير مألوفة فانه يضحى بالمصالح التحسينية للمحافظة على المصالح الحاجية ، كما يضحى بالمصالح الحاجية للمحافظة على المصالح الضرورية واذا طرأت ظروف تهدد المصالح الأخيرة فعلى الدولة الاسلامية أن تتخذ من الاجراءات الاستثنائية للمحافظة على هذه المصالح ، واحاطتها بسياج من القواعد والاجراءات التى تكفل حماية هذه المصالح ذلك أن التفريط فيها يؤدى الى ضياع الدولة الاسلامية ذاتها[1]. والضرورات الخمس كما هى ضرورة فى حياة الأفراد هى ضرورة أيضا بالنسبة للدولة الاسلامية ويتوقف على توفرها حفظ مصالحها الأساسية وتوفر ذاتيتها الخاصة وطبيعتها المتميزة من حيث كونها "دولة اسلامية" تقوم على مجموعة من القواعد والأحكام الالهية فى نطاق العقيدة والتشريع بدونها لا تعتبر كذلك . فضياع الدين وهو المقصود الأول من المقاصد الضرورية من شأنه أن يؤدى الى سحب صفة "الاسلامية" عن الدولة ويفقد هذه الدولة طابعها الخاص وذاتيتها المتفردة باعتبارها دولة تقوم على حفظ الدين وسياسة الدنيا وفق المنهج الذى رسمه الله عز وجل .

---

(١) فى هذا المعنى : الشيخ عبد الوهاب خلاف — علم أصول الفقه ص٢٠٥ ، ٢٠٦ ، الامام الشيخ محمد أبو زهرة — أصول الفقه ص٣٥٢ ومابعدها .

كما أن فقدان النفس أو تلفها أو نقصانها من شأنه أن يؤدى الى انهيار الدولة الاسلامية واستيلاء الأعداء عليها أو اقتطاع أجزاء منها ، كما أن فقدان العقل الذى يتحقق بشيوع المخدرات والمسكرات يؤدى الى أضرار بليغة على الجماعة الاسلامية ولايخفى ما لأهمية حماية النسل والعرض والمال كضرورات يترتب على فواتها شيوع الفساد والسرقة والنهب وضياع الأمم والشعوب .

فضلا عن أنه فى نطاق الضرورات الخمس المتعلقة بالأفراد لايتصور أن يتمكن الفرد وحده بكفالتها وحمايتها وانما يجب أن توفر له الدولة الاسلامية أساليب حمايتها وكفالتها على النحو الذى يحقق مقصود الشارع ولها فى هذا الشأن أن تتخذ اذا ما توفرت شروط الضرورة من الاجراءات اللازمة لدفعها .

وعلى ذلك فان أى خطر يقع على العقيدة الاسلامية أو أى مساس بها أو أى تأويل فاسد يخالف كل ما هو مقطوع به أو علم من الدين بالضرورة أو الأصول الثابتة التى تبنى عليها كل ذلك يسوغ للدولة الاسلامية اتخاذ التدابير الاستثنائية لمواجهتها صونا للدين وحفظا للعقيدة حتى ولو أدى ذلك الى تجاوز القواعد العادية اذا كانت الضرورة تؤدى الى ذلك .

واذا كانت الضرورة تسوغ للفرد أن يدرأ عن نفسه الهلاك أو التلف أو النقصان فان محافظة الدولة الاسلامية على كيانها يقتضيها اذا ما تهددها خطر أن تتخذ من الوسائل الاستثنائية دفعا لهذا الخطر ، ويمكن فى هذا الشأن — فيما نرى — تطبيق نظرية الدفاع الشرعى عن النفس أو الأحكام المتعلقة بدفع الصائل بالنسبة للدولة

الاسلامية لأن الدول كالأفراد يحق لها أن تدفع الخطر عن نفسها في حالة وقوع اعتداء غير مشروع أو تهديد للمصالح الأساسية لها ، وعلى ذلك فان حق الدفاع عن النفس يسوغ للدولة الاسلامية رد العدوان أو توقيه ، واتخاذ كافة الاجراءات لحماية دار الاسلام ولها في هذا النطاق اتخاذ كافة الاجراءات الاستثنائية اذا لم تكف القواعد العادية لدرء هذا الخطر .

وفيما يتعلق بالعقل وهو ما ميز به الله عز وجل الانسان على سائر المخلوقات فان أي مؤثرات من شأنها أن تؤثر على عقول المسلمين كالخمر والمخدرات بأنواعها ، وكل ما يصيب العقل ويؤثر فيه تملك الدولة الاسلامية بالوسائل التي قررتها الشريعة درئها عن الأمة حفظا لعقول المسلمين وصونا لها ، فاذا لم تكف هذه الوسائل وتوفرت الضرورة بشروطها كان لها أن تتخذ من الاجراءات الاستثنائية لدرء هذا الخطر .

وفيما يتعلق بالعرض ، فالاسلام حرص على حماية العرض وصونه حتى لا تختلط الدماء وتشيع الأنساب وتعم الرزيلة لهذا كفل الاسلام حماية الأعراض فوضع القيود وحدد الحدود حتى تظل أعراض البشر ودماؤهم وأنسابهم في صون من أي عبث لذلك فان الدولة الاسلامية لها أن تتخذ ما تراه من اجراءات صونا للأعراض ، والأنساب فهي الى جانب التزامها بكفالة الحدود ومن بينها حد الزنا وحد القذف فلها أن تشرع من الاجراءات الكفيلة بحماية الأعراض والحيلولة دون الفساد وشيوع الرزيلة ، ولها أن توفرت الضرورة أن تتخذ ما تراه من الوسائل الاستثنائية التي تكفل صيانة هذا المقصود الأساسي من مقاصد الشارع .

وفى نطاق الضرورة الخامسة وهى المال فلا يخفى أثر المال فى حياة الأفراد والدولة لذلك كفله الاسلام بالقواعد التى تصونه وتحميه سواء كان المال عاما أو خاصا • وكان من بين جرائم الحدود حد السرقة لسبغ الحماية الكافية على الاموال فضلا عن نهى الشارع عن تضييع الأموال واتلافها أو الحصول عليها بالباطل وقد رسم الاسلام نظرية متكاملة للمال ينفرد بها النظام الاسلامى على غيره من النظم، واذا لم تجد القواعد التى وضعها الاسلام لحماية الأموال فى الظروف العادية فلها أن تتخذ ما تراه من اجراءات استثنائية وذلك اذا توفرت للضرورة شروطها وضوابطها • فضلا عما سبق أن أشرنا اليه فى أن حماية المصالح الضرورية للأفراد تحتاج الى سلطة الدولة لكفالتها وحمايتها •

وعلى ذلك اذا تبين أن التمسك بالقواعد المقررة للظروف العادية وهى التى أطلق عليها الفقهاء "العزائم" سيترتب عليها ضياع المصالح الأساسية للمجتمع الاسلامى ، أو تعريضها للخطر، وذلك لتحقق ظرف من الظروف غير العادية ، فانه لا مناص من العدول عن هذه الأحكام الى ما تستوجبه ظروف الضرورة ، أى العمل بما تقتضيه "الرخصة" • وهو ما قرره الامام العظيم ابن القيم الجوزية حيث يروى مناظرة حول اختلاف العلماء فى العمل بالسياسة بين أبى الوفاء ابن عقيل وبين بعض الفقهاء " فقال ابن عقيل : العمل بالسياسة هو الحزم ولا يخلو منه امام ، وقال الآخر : لا سياسة الا ما وافق الشرع ، فقال ابن عقيل : السياسة ما كان من الأفعال بحيث يكون الناس معه أقرب الى الصلاح وأبعد عن الفساد وان لم يشرعه الرسول صلى الله عليه وسلم ولا نزل به وحى ، فان أردت بقولك لا سياسة الا ما وافق الشرع أى لم يخالف ما نطق به الشرع فصحيح ،

وان أردت ما نطق به الشرع فغلط وتغليط الصحابة ، فقد جرى عن الخلفاء الراشدين من القتل والمثل ما لا يجحده عالم بالسير ، ولم يكن الا تحريق المصاحف كان رأيا اعتمدوا فيه على مصلحة ، وكذلك تحريق على كرم الله وجهه للزنادقة في الأخاديد ، ونفي عمر لنصر بن حجاج "

ثم يقرر ابن القيم : " هذا موضع مزلة أقدام ومضلة أفهام ، وهو مقام ضنك في معترك صعب ، فرط فيه طائفة فعطلوا الحدود ، وضيعوا الحقوق ، وجرءوا أهل الفجور والفساد ، وجعلوا الشريعة قاصرة لا تقوم بمصالح العباد ، وصادروا على أنفسهم طرقا صحيحة من الطرق التى يعرف بها المحق من المبطل ، وعطلوها مع علمهم وعلم الناس بها أنها أدلة حق ، ظنا منهم منافاتها لقواعد الشرع ، والذى أوجب لهم ذلك نوع تقصير في معرفة حقيقة الشرع والتطبيق بين الواقع وبينها ، فلما رأى ولاة الأمر ذلك وأن الناس لا يستقيم أمرهم الا بشيء زائد على ما فهمه هؤلاء من الشريعة ، فأحدثوا لهم قوانين سياسية ينتظم بها مصالح " العالم " ، فتولد من تقصير أولئك في الشريعة احداث لتحقيق مقاصد الشرع وغاياته حتى ولو لم يجيء به نص في القرآن والسنة "(1) .

وعلى ذلك — وطبقا لماقرره ابن القيم — فاذا اقتضت الضرورة اتخاذ اجراء ما يحقق غاية الشرع ، فان هذا الاجراء مشروع طالما يحقق مصلحة أو يدرأ مفسدة تحيق بالمجتمع الاسلامى ، ويسوغ للحكومة الاسلامية اتخاذ ما تراه من اجراءات تناسب ظروف الضرورة .

---

(١) ابن القيم : أعلام الموقعين ج ٤ ص ٣٧٢ ، ٣٧٤ .

ارتباط الضرورة بالمصلحة :

ترتبط الضرورة بالمصلحة ارتباطا وثيقا ويبدو هذا الارتباط من أن الضرورة تصل فيها درجة الاحتياج الى أشد المراتب وأشق الحالات فيصير الانسان فى حالة تؤدى الى تهديد مصالحه الضرورية " الدين — النفس — العقل — النسل — المال ".

ومن ثم تتعلق الضرورة بالمصلحة الا أن الأخيرة أعم من فكرة الضرورة التى تقتصر فحسب على المرتبة الأولى من المصالح وهى الضروريات فى حين أن المصلحة تشمل المصالح الثلاث المعتبرة " الضروريات والحاجيات والتحسينات "(١).

كما ترتبط الضرورة بالنوع الثانى من المصالح وهو " الحاجيات " وذلك لأن هذا النوع من المصالح يقصد من تحصيلها دفع المشقة أو الحرج أو الاحتياط للأصول الخمسة السابقة فضلا عن أن من الحاجيات المحافظة على الحرية الشخصية والحرية الدينية(٢).

فضلا عن أن الحاجة قد تنزل منزلة الضرورة وذلك اذا كانت عامة بحيث لو لم تراع الحاجة هذه لوقع الناس فى حرج شديد يبلغ مبلغ الضرورة (٣).

أما المصالح التحسينية وهى وان كانت لا تصل الى مرتبة الضروريات والحاجيات الا أنها شرعت لحماية الأصول الخمسة وتتعلق

---

(١) د. وهبة الزحيلى — الضرورة الشرعية ص ٥٣ .
(٢) الامام محمد أبو زهرة — أصول الفقه ص ٣٥٧ .
(٣) د. يوسف قاسم — نظرية الضرورة ص ٩٦ .
د. رمضان على السيد — الاعذار الشرعية ص ١١٨ .

بها جميعا الأمر الذى قد يؤدى اذا ما تهدد هذه الأمور مايؤدى الى الاخلال بها وتحققت حالة الضرورة (١) فان السلطة العامة فى الدولة الاسلامية يمكن أن تراعى الأمور التحسينية فى هذه التشريعات حماية لهذه المصالح (٢) .

المطلب الثانى

بعض القواعد الكلية الخاصة بتشريع الضرورة

أشرنا فى بداية هذا المبحث الى وجود العديد من القواعد الكلية والأصول الشاملة التى انبنت عليها نظرية الضرورة فى الفقه الاسلامى ، ومن هذه القواعد " الأصل فى المنافع الاباحة " و " الأصل فى المضار التحريم " و " المعجوز عنه فى الشرع ساقط " و " المشقة تجلب التيسير " و " الضرورات تبيح المحظورات " و " ان ضاق الأمر اتسع وان اتسع ضاق " و " الضرر يزال " و " لا ضرر ولا ضرار " وسوف نقتطف بعض هذه القواعد لاعتبارها فى تشريع الضرورة حيث نفرد لكل منها فرعا خاصا .

الفرع الأول

قاعدة أن الأصل فى المنافع الاباحة

وهذه القاعدة من القواعد التى تبنى عليها الأحكام ابتداء عند عدم وجود البديل الشرعى وبالتالى لا تشرع عليها أحكام الضرورة

(١) الامام محمد أبو زهرة ـ أصول الفقه ص ٣٥٨ .

(٢) فى هذا المعنى : الامام محمد أبو زهرة ـ المصدر السابق ص ٣٥٨ ، ٣٥٩ .

والاعذار الطارئة وانما تشرع عليها الأحكام المقرر للظروف العادية ، وتعنى هذه القاعدة أن الأصل فى المنافع التى لم يرد فيها نص الاباحة أو الحل فالمكلف مخير بين الفعل والترك ويرفع الحرج ترتيبا على ذلك عن الفعل أو الترك سواء صرح الشارع بذلك أو لم يرد فيه عنه شىء (١) .

ويرى بعض العلماء أن الأصل فى الأشياء الاباحة أو الحل فيما عدا قلة ذهبت الى أن الأصل المنع أو التحريم وقلة ذهبت الى أن الأصل فى المنافع الاباحة وفى المضار التحريم ويرى البعض أن المذهب الأخير هو الأقرب ، والأعدل الى تصوير الحل ، وذلك لكونه يفرق بين المنافع والمضار (٢) .

وقد ساق العلماء لحجية هذه القاعدة أدلة عديدة من القرآن والسنة وأدلة عقلية فمن القرآن الكريم قوله عز وجل: " اليوم أحل لكم الطيبات " (٣) " هو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعا " (٤) " قل من حرم زينة الله التى أخرج لعباده والطيبات من الرزق " (٥) " قل لا أجد فى ما أوحى الى محرما على طاعم يطعمه الا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير فانه رجس أو فسقا أهل لغير الله به " (٦) ومن السنة

---

(١) الشيخ محمد الخضرى — أصول الفقه ص ٥٢ ، ٥٣ .
د . يعقوب الباحسين — المصدر السابق ص ٤٥٧ .
(٢) للمزيد من التفصيل فى هذه القاعدة :
د . يعقوب الباحسين — المصدر السابق ص ٤٥٦ ومابعدها .
(٣) سورة المائدة آية ٥ .
(٤) سورة البقرة آية ٢٩ .
(٥) سورة الأعراف آية ٣٢ .
(٦) سورة الأنعام آية ١٤٥ .

قوله صلى الله عليه وسلم "الحلال ما أحل الله في كتابه ، والحرام ما حرم الله في كتابه ، وما سكت عنه فهو مما عفا لكم "(١) " ان أعظم المسلمين في المسلمين جرما من سأل عن شيء لم يحرم على الناس فحرم من أجل مسألته " (٢) فضلا عن أن الأدلة العقلية تؤدى الى التسليم بأن الأصل في الأشياء الاباحة ومنها أن الانتفاع بالمسكوت عنه لا ضرر فيه(٣) .

وفي نطاق نظرية الضرورة فانه وان كان القاعدة التي أسلفناها تجعل الأصل في الأشياء الاباحة ، الا أن الضرورة قد تغير هذا الحكم لعذر طارئ فقد تجعله مندوبا أو واجبا ، ومن الناحية المقابلة قد تجعله مكروها أو حراما حسب ما تقتضيه الضرورة .

الفرع الثاني

قاعدة أن الأصل في المضار التحريم

وتعني هذه القاعدة أن كل ما ألحق نقصا بالضرورات الخمسة فان حكم الشارع الذي يترتب عليه هو التحريم (٤) .

وقد ربط علماء الأصول والفقهاء بين هذه القاعدة والقاعدة السابقة "الأصل في المنافع الاباحة " وهو ربط منطقي ذلك أنه اذا كان الأصل في المنافع الاباحة فان مفهوم المخالفة يؤدي بالضرورة الى أن يكون الأصل في المضار التحريم .

---

(١) الشوكاني — المصدر السابق جـ ٨ ص ١١٠ — ١١١ .

(٢) الشوكاني — المصدر السابق جـ ٨ ص ١١٠ — ١١٣ ، وارشاد الفحول ص ٢٨٥ .

(٣) للمزيد من التفصيل : د . يعقوب الباحسين — المصدر السابق ص ٤٦٠ — ٤٦٥ .

(٤) د . يعقوب عبد الوهاب الباحسين — رفع الحرج ص ٤٧٠ .

ونفى الضرر المترتب على هذه القاعدة يشمل ما كان ابتداء بعدم تشريع حكم يلزم منه ضرر على أحد تكليفيا أو وضعيا ، كما يشمل ما كان بسبب الاعذار الطارئة ، وما كان بالتدارك بمعنى تشريع الأحكام التى توقع الضرر الحاصل كأن لم يحدث [1] .

ويترتب على هذه القاعدة أن الشارع يحرم كل أنواع الضرر وذلك لما يؤدى اليه من نقصان فى الدين أو فى النفس أو فى الطرف أو فى العقل أو فى العرض أو فى المال . ومن ثم فان هذه القاعدة تقرر قاعدة كلية وأصلا شاملا يمكن الرجوع اليه فى كل ما من شأنه أن يؤدى الى الضرر .

ويؤكد هذه القاعدة قوله صلى الله عليه وسلم : " لا ضرر ولاضرار فى الاسلام "[2] ذلك أن الحديث النبوى الشريف من شأنه أن يؤدى الى تحريم سائر أنواع الضرر والنهى عن الضرر فى كل صورة من الصور مهما كان مصدره ، ومن ذلك نتبين أن الشريعة الاسلامية قد جعلت من ازالة الضرر مبدأ أساسيا يمكن اعماله فى كل الظروف والاحوال [3] .

لذلك تعد هذه القاعدة فى مرتبة القواعد القطعية وأساسا يستند اليه فى رد كل ما من شأنه أن يؤدى الى الضرر وذلك لأن الحاق الضرر بالمكلف يعتبر من أشد أنواع الضرر وهو منفى عن الشريعة اعمالا لقاعدة " نفى الحرج " وقد سبق أن أشرنا الى أن المصلحة فى الفقه الاسلامى تتحقق بجلب المصالح وبدفع المضار ومن ثم فان مبنى هذه

---

(١) المصدر السابق نفس الموقع والصفحة .
(٢) السيوطى ـ الأشباه والنظائر فى قواعد وفروع فقه الشافعية ص٩٢ .
(٣) د . يوسف قاسم ـ نظرية الضرورة ص ١١١ .

القاعدة يستند على فكرة المصلحة وذلك لأن دفع المضار وتحريمها هو فى حقيقته من المصالح المعتبرة .

ويترتب على هذه القاعدة ويتفرع عنها مجموعة من القواعد أهمها :

١ — اذا تعارض ضرران تحمل الأهون منهما وبمعنى آخر يدفع الضرر الأشد بالضرر الأخف وذلك لأنه اذا تعارض ضرران فان المنطق والعقل يقضى بتحمل الأهون منهما ودفع الأعظم تحقيقا للمصلحة الراجحة وتفويتا للمصلحة المرجوحة .

٢ — كما أن اعمال القاعدة السابقة يؤدى الى الاعتبار بضرر الأكثر لا بضرر الأقل ويرجع ذلك الى أن دفع الضرر عن الأكثر من شأنه أن يعلى المصالح العامة على المصالح الشخصية لما يؤدى اليه من تحصيل للأولى وتفويت للثانية ومن ذلك تقررت القاعدة التى تقضى بأن "الضرر الخاص يحتمل فى سبيل دفع الضرر العام" .

٣ — كما تؤدى هذه القاعدة الى تفاوت الأضرار بتفاوت المصلحة التى تتهددها هذه المضار بحسب ما اذا كانت من الضروريات أو الحاجيات أو التحسينات ، واذا كانت المضار تتهدد الأمور الخمسة من الضروريات فيدفع ما يتعلق بالأهم اذا تعارض مع ما يتعلق بما هو دونه فالدين أهم من النفس والنفس أهم من العقل وهكذا عند الموازنة بين الضرورات الخمسة .

٤ — كما أن رفع الحرج ظاهر فى هذه القاعدة وذلك لكون الضرر أعلى مراتب الحرج التى تلحق بالانسان فكان تحريمه ترتيبا على ذلك من أبرز مظاهر رفعه ودفعه .

٥ — كما أنه يترتب على هذه القاعدة قاعدة أخرى من القواعد الكلية التى تبنى عليها الأحكام فى تشريعات الضرر وهى قاعدة : "الضرر

يـزال " (١) .

وترتبط قاعدة " أن الأصل فى المضار التحريم " بالقاعدة السابقة " الأصل فى المنافع الاباحة " وتتسق معها ويعتبران من قواعد التيسير الأصلى التى لم ينظر فيها الى الاعذار الطارئة على العباد ، كما أنها من القواعد التى تنبنى عليها الأحكام ابتداء عند فقدان الدليل الشرعى أو سكوت الشارع عنها .

غير أن قاعدة "أن الأصل فى المضار التحريم " وما يترتب عليها من نتائج من شأنها أن ترسم الاطار الدقيق والمحكم لنظرية الضرورة فضلا عن أنها تحدد الضوابط التى يتعين مراعاتها اذا ما تحققت الظروف الطارئة على النحو الذى أشرنا اليه عندما تحدثنا عن الفروع المترتبة على القاعدة .

الفرع الثالث

قاعدة المشقة تجلب التيسير

من القواعد الكلية التى ينبنى عليها تشريع الضرورة فى الفقه الاسلامى قاعدة المشقة تجلب التيسير ، وهى غير المشقة المحتملة المترتبة على التكاليف الشرعية ، وذلك لأن المشقة المترتبة على التكاليف الشرعية ملازمة لها ومترتبة عليها ولا تنفك عنها (٢) ، فضلا عن أنه لا يترتب عليها الاعنات بل تحقيق المصالح للناس فى الدنيا والآخرة

---

(١) للمزيد من التفصيل : د .يعقوب عبدالوهاب ـ المصدر السابق ص ٤٧٠ ـ ٤٧٤ .
الامام محمد أبو زهرة ـ أصول الفقه ص٣٦ ، ٣١٤ .

(٢) الامام القرافى ـ الفروق ـ دار احياء الكتب العربية ـ ج ١ ص ١١٨ .

لأنها مطلوبة من الشارع لما تؤدى اليه من الانقياد والخضوع والتسليم بأوامر الله والاخلاص له والاستجابة لأوامره ونواهيه ، ومن ثم يقرر الفقهاء ورجال الأصول أن مثل هذه المشقات لا يلتفت اليها لأنه ما من تكليف والا يترتب عليه مشقة [١] .

أما المشقة الجالبة للتيسير فهى المشقة الزائدة التى تخرج عما اعتاده الناس فى طاقتهم واحتمالهم ، ولا تحتمل الابيذل أقصى طاقة أو لا يمكن المداومة عليها الا بتلف النفس أو المال أو العجز المطلق عن الأداء ، وهذه لا يجوز التكليف بها شرعا وتتنافى مع مقاصد الشارع [٢] وما انبنت عليه الشريعة من تيسير .

وقاعدة المشقة تجلب التيسير تؤدى الى العديد من الفروع الفقهية التى تنبنى عليها تشريعات الضرورة سواء فى النطاق الفردى ، أو فى النطاق العام ومنها جميع الرخص التى شرعها الله ترفيها وتخفيفا عن المكلف لسبب من الأسباب التى تقتضى الترخيص وهى السفر والمرض والاكراه والنسيان والعسر وعموم البلوى والنقص [٣] .

وفى نطاق نظرية الضرورة فى القانون العام الاسلامى فان العسر وعموم البلوى كفرع من فروع القاعدة التى نحن بصددها من شأنه أن يتيح للدولة الاسلامية اتخاذ الاجراءات المناسبة لاسيما فى نطاق الضبط الادارى .

---

(١) استاذنا المرحوم الامام الشيخ محمد أبو زهرة — أصول الفقه ص٣٠٥ .
(٢) استاذنا المرحوم الامام الشيخ محمد أبو زهرة — المصدر السابق ص٣٠٥ .
(٣) د . يعقوب عبد الوهاب الباحسين — المصدر السابق ص ٤٩٩ .
(٣) المرحوم الشيخ عبد الوهاب خلاف — علم أصول الفقه ص ٢٠٩ .
د . يعقوب عبد الوهاب الباحسين — المصدر السابق ص ٥٠١ .
السيوطى — الأشباه والنظائر ص ٨٥ — ٩٠ .

الفـــرع الرابـــع

قاعـــدة الضـــرورات تبيـــح المحظورات

سبق أن وقفنا على معنى الضرورة في اللغة والاصطلاح وقلنا أن الضرورة اسم من الاضطرار وهو الاحتياج وتعنى الالجاء الى ما ليس منه بد كما وقفنا على المدلول الاصطلاحى لهذا اللفظ (١) ، أما المحظورات فهى الممنوعات ومن ثم فان قاعدة الضرورات تبيح المحظورات تعنى أن الأشياء الممنوعة تعامل كما لو كانت مباحة اذا ما توفرت الضرورة بضوابطها وشروطها ولا تقتصر الضرورة على اباحة المحظور بل قد توجبه . وتعتبر حالة الضرورة من أعلى أنواع الحرج وأشدها وأكثرها أهمية من الحاجة ، وأكبر خطر منها .

والضرورات التى تبيح المحظورات أو توجبها هى أصل نظرية الضرورة (٢) التى نتعرض لأحكامها وعليها انبنت كافة الأحكام التى قررت للظروف الاستثنائية ، وعلى أساسها شرعت الوسائل اللازمة لمواجهتها .

من ذلك كله نتبين أن القواعد الكلية والأصول الشاملة التى عرضنا لبعضها كلها تضع للضرورة أحكاما تغاير الأحكام التى شرعت للظروف العادية وهى جميعها من شأنها أن تسوغ للسلطات العامة فى الدولة الاسلامية تقييد المباح ، أو اباحة المحظور وتخويل ولى الأمر فى أن يتخذ ما يراه لازما لدفع الضرورة اذا ما توفرت شروطها .

---

(١) تراجع ص ١٤ من هذا البحث .

(٢) للمزيد من التفصيل فى هذا الشأن :

د . يعقوب عبد الوهاب الباحسين — المصدر السابق ص٥٠٧ وما بعدها .

الشيخ عبد الوهاب خلاف — علم أصول الفقه ص ٢٠٨ .

استاذنا المرحوم محمد سلام مدكور — نظرية الاباحة ص٣٨٨ وما بعدها

الفصـــل الثالـث

شـــروط وضوابـــط الضـــرورة

أشرنا فيما سبق الى أن نظرية الضرورة تخول للسلطات العامة في الدولة الاسلامية العدول عن الأحكام المقررة للظروف العادية الى غيرها من الأحكام التى قد تقتضيها الضرورة ، ونظرا لخطورة اعمال نظرية الضرورة وما يمكن أن تنطوى عليه من استغلال السلطات العامة لحالة الضرورة ومخالفة مبدأ الشرعية فى الظروف العادية بدون مقتض ، فقد اهتم الفقه الاسلامى بوضع الشروط والضوابط اللازمة لنظريـــة الضرورة ، وتنظيم ممارستها وتحديد النتائج المترتبة عليها ، وأهم هذه الشروط والضوابط مايلى :

الشرط الأول — توافر حالة الضرورة :

وتتوافر حالة الضرورة اذا قامت بالفعل ظروف غير عاديـــة يخشى معها حدوث ضرر جسيم للأمة الاسلامية ، ويؤثر على مصالحها الأساسية ، اذا طبقت القواعد الموضوعة لحالة السعة والاختيار [1] .
ويشترط لتوافر حالة الضرورة ، أن تكون الضرورة حالة أى قائمة بالفعـل ، أى لا تكون متوهمة أو منتظرة [2] . ويتحقق ذلك بأن تنطوى الحالـة أو الظروف غير المعتادة التى تمثل حالة الضرورة على خوف حقيقـى على المصالح الأساسية للدولة الاسلامية ، وذلك فى الواقع أو بغلبة الظن

== استاذنا المرحوم الامام الشيخ محمد أبو زهرة ص ٣٦٢ .
د /يوسف قاسم : نظرية الضرورة ص ٧٥ ومابعدها .
د / رمضان على السيد : الاعذار الشرعية ص ١١٥ ومابعدها .

(١) انظر كتابنا : رقابة القضاء على أعمال الادارة العامة ص ٢٤ .
(٢) د . يعقوب عبدالوهاب الباحسين : رفع الحرج فى الشريعة الاسلامية ص ٥١٢ .

حسب التجارب والمجرى العادى للأمور [١] . أما اذا كانت الضرورة غير حالة أو غير قائمة بالفعل ، أو اذا كان الخوف من تأثيرها على المصالح الأساسية للدولة أمرا متوهم الحدوث ، فان حالة الضرورة تفقد مقوماتها ، ولا يجوز بناء على ذلك النزول على حكم الضرورة ومخالفة الحكم الأصلى ، لأن الأحكام الشرعية لا تبنى على الأوهام فلا يمكن أن يؤسس التخفيف والعدول عن الحكم الأصلى على مجرد التخمين والوهم [٢] . وينبغى على السلطات فى الدولة الاسلامية عند عزمها على اعمال نظرية الضرورة أن تتحقق من أن الظروف غير العادية التى تمثل حالة الضرورة من شأنها ايجاد ظلم فاحش أو ضرر واضح أو حرج شديد ، أو تهديد مصلحة عامة ، بحيث تكون مصالح الدولة الاسلامية معرضة للخطر اذا لم تأخذ بمقتضى الضرورة [٣] .
وتطبيقا لذلك فقد أوقف تنفيذ حد السرقة فى حالة الحرب فى الدولة الاسلامية منذ عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وذلك اتقاء للضرر الذى يمكن أن يحدث لجيوش المسلمين ، وذلك اذا ما لحق المتهم بجيوش العدو ، واطلاعه الأعداء على أسرار جيش المسلمين [٤] .
وكذلك فقد أسقط تطبيق حد السرقة فى عام الرمادة ابان خلافة عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، وذلك بالنظر الى أن الجوع والعوز وشدة الحاجة التى لحقت الناس من المجاعة فى ذلك العام من

---

(١) د . وهبة الزحيلى : نظرية الضرورة الشرعية ص ٦٦ .
(٢) الشاطبى : الموافقات ج ٢ ص ٢٣١ ، ٢٣٢ ،
د . يوسف قاسم : نظرية الضرورة ص ١٨٩ .
(٣) د . وهبة الزحيلى : المرجع السابق ص ٦٩ .
(٤) ابن القيم : أعلام الموقعين ج ٣ ص ٦٥٥ ، ١٤٣ .

شأنها أن تجعل الدافع وراء السرقة هو الحاجة الملجئة (١) . ويترتب على شرط كون الضرورة حالة أنه لو قامت السلطات في الدولة الاسلامية باجراءات تخالف حكم الأصل دون أن تتوفر حالة الضرورة ، فان تصرفها يكون باطلا لمخالفته لقواعد الشرعية ، ولا تجوز طاعته ، ويتعين على القضاء الحكم ببطلانه وببطلان كافة ما يترتب عليه من آثار . وتطبيقا لذلك فقد روى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أمر باعادة جزء من بيت أحد المصريين اليه ، بعد أن استولى عليه عمرو بن العاص والي مصر وضمه الى المسجد . وكذلك فعل عمر بن عبد العزيز عندما أمر باعادة منزل الى مالكه ، كان والى الشام قد استولى عليه وضمه للمسجد الأموى (٢) . وأيضا فقد تراجع عمر بن الخطاب عن توقيع الحد على رجل قد شرب الخمر ، وذلك دون أن تتوفر حالة الضرورة التى تبيح اللجوء الى مثل هذه الاجراءات (٣) .

الشرط الثاني :

يجب أن يكون من شأن هذه الظروف غير العادية أن تجعل من المستحيل على السلطة العامة التصرف وفقا لقواعد المشروعية التى وضعت لحالة السعة والاختيار .

فاذا كان من الممكن لهذه السلطات دفع الضرر الذى تمثله حالة الضرورة بوسيلة أخرى مباحة غير مخالفة للحكم الأصلى ، أو كان يمكن لها توقى هذه الحالة دون ضرر ، فلا يجوز لها الاقدام

(١) ابن القيم : أعلام الموقعين ج ٣ ص ١٠ ، ١١ .
(٢) خالد محمد خالد : عمر بن عبد العزيز ص ١٩٥ .
(٣) عباس العقاد : عبقرية عمر ص ١٤٦ وما بعدها .

على الفعل المحظور المخالف للحكم الأصلى [1] . وعلى ذلك فاذا لم يكن من سبيل أمام السلطة العامة لدفع حالة الضرورة الا مخالفة الحكم الموضوع للظروف العادية ، فانه يتعين على هذه السلطة العدول عن الحكم الموضوع لحالة السعة والاختيار ، وتطبيق الحكم الذى تقتضيه حالة الضرورة . ويفهم ذلك من تقرير الفقهاء لحكم الضرورة فى حالة الخوف على النفس من الهلاك ، حيث يرون أن من الواجب على المضطر تناول المحظور للحفاظ على نفسه من الهلاك أو التلف ، بحيث يكون آثما اذا امتنع عن تناول المحظور وترتب على ذلك هلاك نفسه أو تلفها [2] . وينطبق ذلك أيضا على السلطات العامة فى الدولة الاسلامية ، كما لو تعرضت الدولة لحرب أهلية أو حدثت كارثة عامة أدت الى قيام السلطة بتقييد بعض الحريات كحرية التنقل أو العمل فى بعض الأماكن ، فان هذه الأعمال من جانب السلطة العامة تكون مشروعة ونافذة لتوفر شرط الضرورة .

الشرط الثالث : ملاءمة الاجراءات المحظورة لمواجهة حالة الضرورة :

يجب أن تتم معالجة حالة الضرورة وفق قواعد المشروعية المقررة لها فى أضيق نطاق ممكن ، بحيث يقتصر الاخلال بقواعد المشروعية المقررة لحالة السعة والاختيار على القدر الذى يدفع مخاطر حالة الضرورة دون أن يتجاوزها ، لأن الاستناد الى حالة الضرورة لا يجيز انفصال

---

(١) انظر كتابنا : رقابة القضاء على أعمال الادارة ص ٢٥ ،
د . يوسف قاسم : المصدر السابق ص ٢٠٤ .

(٢) السرخسى : المبسوط ج ٢٤ ص ٤٨ ، الكاسانى : بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٧٦ .

أصول الشرع أو اهدارها كلية [1]. ويقتضى هذا الشرط أن يجب على السلطة العامة أن تعود الى تطبيق قواعد المشروعية العادية بمجـ زوال حكم الضرورة ، بل ان عليها أيضا أن تسعى للخروج بالدولـة الاسلامية من حالة الضرورة الى حالة السعة والاختيار ، ذلك أن استمرار حالة الضرورة والعمل بأحكامها من شأنه توطين النفوس على دوام حكم الضرورة ، وهو أمر خطير لا يخفى أثره على نظام الشرعية الاسلامية [2].

وقد عنى الفقه الاسلامى بوضع مجموعة من الضوابط التى يجب مراعاتها عند تطبيق نظرية الضرورة ، بحيث تكفل تحقيق الملاءمة بين الفعـل المحظور الذى يتم اتخاذه دفعا للضرورة ، وبين جسامة الخطر التى تنطوى عليها تلك الحالة ، وعدم الاخلال بقواعد المشروعية الموضوعـة للظروف العادية الا بالقدر الذى يدفع مخاطر حالة الضرورة . وتتضح هذه الضوابط فيما يلى :

أولا - ينبغى أن يكون الضرر الناتج عن الفعل المحظور أخف مـن الضرر المترتب على تطبيق الحكم الأصلى [3]. فاذا تبين للسلطات العامة أن الأضرار الأولى أخف من الثانية أو متساوية معها وجب عليها التمسك بالحكم الأصلى ، وليس لها أن تعدل عنه الى حكم الضرورة . لأن المحافظة على قواعد المشروعية المقررة لحالة السعة والاختيار تكون أولى فى هـذه

---

(١) هاملتون جب - دراسات فى حضارة الاسلام - نظرية الماوردى السياسية - ترجمة احسان عباس وآخرين (دار العلم بلبنـان بالاشتراك مع مؤسسة فرانكلين سنة ١٩٦٤م) ص ١١٥ .

(٢) رشيد رضا : الخلافة ص ٣٨ ، يوسف القرضاوى : الجمع بـين الثبات والمرونة فى رسالة الاسلام - مقال منشور بمجلة الوعى الاسلامى العدد ١٤٣ نوفمبر سنة ١٩٧٦م ص ٣١ .

(٣) راجع كتابنا : رقابة القضاء على أعمال الادارة العامة ص ٢٦ .

الحالة باعتبارها الأصل العام في الشرعية الاسلامية . أما اذا تبين للسلطات أن الأضرار المترتبة على الالتزام بحكم الأصل أشد خطرا على مصالح الدولة الاسلامية من الأضرار المترتبة على اعمال حكم الضرورة ، فانه يتعين على السلطة الاسلامية في هذه الحالة العمل بما تقتضيه الضرورة من أحكام . وتطبيقا لذلك فقد أباح الفقهاء للدولة الاسلامية في حالة الضرورة أن تدفع المال للعدو المحارب ليكف عن محاربة المسلمين أثناء ضعفهم ، أو لفداء أسارى المسلمين[(١)] . وذلك على الرغم من أن دفع المال للأعداء المحاربين محرم بحسب الأصل ، الا أنه أجيز لدفع ضرر أكبر هو الحفاظ على الدولة الاسلامية وحمايتها ، أو تخليص أسارى المسلمين من رق الأسر وتقوية جماعة المسلمين بهم . كما أجاز الفقهاء قتل المسلمين الذين تترس بهم العدو ، وذلك حفاظا على جماعة المسلمين ودحرا للعدو ، وذلك لأنهم ان لم يقتلوا هؤلاء المسلمين الذين تترس بهم العدو ، فان العدو قد يظفر بالمسلمين فيقتل المحاربين ويقتل أيضا من تترس بهم[(٢)] . وكذلك اذا اقتضت الضرورة أن تقوم السلطة العامة بفرض أموال على الأغنياء نتيجة نقص الأموال في الدولة الاسلامية ، فانه يجوز لها ذلك ، لأنه من المقرر أنه اذا تعارض شران ، دفع أشدهما بارتكاب أخفهما[(٣)] .

كما أجاز الفقهاء بيعة المفضول مع وجود الأفضل ، اذا حتمت الضرورة بيعة الأول لدفع فتنة داخلية أو اتقاء لخطر العدو[(٤)] .

---

(١) القرافي : الفروق جـ ٢ ص ٣٢ ، الشاطبي : الموافقات جـ٢ ص ٣٥٢ .
(٢) الغزالي : المستصفى جـ ١ ص ١٤١ ، ١٤٢ .
د . يوسف قاسم — المرجع السابق ص ٣٠٠ — ٣٠٥ .
(٣) د . وهبة الزحيلي : نظرية الضرورة الشرعية ص ١٦٣ .
(٤) الشاطبي : الاعتصام جـ ٢ ص ١٢٧ ومابعدها .
د . السنهوري : الخلافة ص ٢١٠ ومابعدها .

ثانيا — يجب أن تقتصر مواجهة السلطات الاسلامية لحالة الضرورة على القدر الذى يتطلبه دفع الضرورة ، فلا تتجاوزها ولا تتعداها ، والا امتنعت الاباحة وترتب على ذلك الاثم فى القدر الذى زاد على حد دفع الضرورة [1]. وهذا الضابط تطبيق للقاعدة الفقهية " الضرورة تقدر بقدرها " كما يرجع أيضا الى تفسير بعض الفقهاء لقوله تعالى : " فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه "[2] ونحوها من الآيات ، فالمقصود من قوله (غير باغ) أى غير طالب له أو راغب فيه لذاته ، والمقصود من قوله :(ولا عاد) أى لا يتجاوز حد الضرورة [3]. وعلى ذلك يكون الجائز من الأفعال المحرمة فى حالة الضرورة هى القدر اللازم فقط لدفع الضرورة ، ولا يجوز أن يتعداه . ويجب أن يراعى أيضا عند اعمال الضرورة أن يكون استبعاد القواعد الموضوعة لحالة السعة والاختيار قاصرا على ما تقتضيه الضرورة دون غيرها من الأحكام التى لا تقتضى الضرورة استبعادها ، اذ تبقى هذه على حكم الأصل وينبغى الالتزام بها [4]، وهو ما عبر عنه الفقه الاسلامى بقوله : " الميسور لا يسقط بالمعسور " ، ومن ثم فاذا أقدمت السلطات العامة على استبعاد الأحكام التى لا تقتضى حالة الضرورة استبعادها ، فان تصرفها يكون مشوبا بعيب البطلان لعدم مشروعيته .

ثالثا — يجب أن يقتصر العمل بقواعد المشروعية المقررة لحكم الضرورة على الفترة الزمنية التى تستغرقها حالة الضرورة ، فاذا زالت ظروف الضرورة

---

(١) انظر كتابنا : رقابة القضاء على أعمال الادارة العامة ص ٢٧ .
(٢) سورة البقرة آية ١٧٣ .
(٣) القرطبى : الجامع لأحكام القرآن جـ ٢ ص ٢٣١ ومابعدها .
(٤) د . يوسف قاسم : نظرية الضرورة ص ٢٠٨ .

فانه يجب العودة الى حكم الأصل فورا [1] .

فالعمل بحكم الضرورة يتوقف على حالة الضرورة واستمرارها ، فهو اباحة مؤقتة للمحظور ، وتنتهي هذه الاباحة بانتهاء الاضطرار . وقد عبر الفقه الاسلامي عن هذا الضابط بقوله : "ما جاز لعذر يبطل بزواله" [2] . وتطبيقا لذلك فان تأجيل تنفيذ حد السرقة في الحرب، أو اسقاط تطبيقه في المجاعات يجب أن يقتصر على زمن الحرب أو المجاعة كما روى عن عمر بن الخطاب أنه رفض أن يدفع لعيينه بن حصن والأقرع ابن حابس من سهم المؤلفة قلوبهم ، بعد أن كان الرسول صلى الله عليه وسلم يدفع اليهما لتأليفهما على الاسلام ، حيث رأى عمر أن تطبيق هذا الحكم كان مرهونا بحاجة الدولة الاسلامية في أول عهدها وحاجتها الى ائتلافهما على الاسلام ، ودفع أذاهما عن المسلمين ،وأن هذه الظروف قد زالت ولم تعد هناك حاجة لذلك التأليف بعدما قويت شوكة المسلمين . ويعبر عمر رضى الله عنه عن ذلك بقوله لهما : "ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتألفكما والاسلام يومئذ ذليل ، وان الله قد أعز الاسلام ، فاذهبا فاجهدا جهدكما" [3]. كما روى أن عمر ابن الخطاب نزل على رأى بعض الصحابة وقرر تأجيل حد الزنا على امرأة حامل حتى تضع حملها ، لضرورة المحافظة على حياة الجنين ،اذ هو معصوم الدم ولا سبيل لأحد عليه [4] . ويلاحظ أن الأحكام التي

---

(١) انظر كتابنا السابق ص ٢٧ .

(٢) السيوطي : الأشباه والنظائر ص ٩٤ .
د / وهبة الزحيلي - المصدر السابق ص ٢٤٩ .

(٣) د . سليمان الطماوي : عمر بن الخطاب ص ١٢٠ .

(٤) الشهيد عبد القادر عودة : التشريع الجنائي الاسلامي ج ١ ص ٧٦٣ ، ج ٢ ص ٤٥٠ .

تقررها السلطات العامة فى الدولة الاسلامية ، خلافا لحكم الأصل ، بناء على الحاجة العامة ، تثبت بصورة عامة ودائمة ويستفيد منها المحتاج وغيره . ومرجع ذلك الى أن هذه الأحكام فى الغالب لا تصادم نصا ولكنها تخالف القواعد العامة والقياس (١) .

رابعا - يجب أن يكون الاقدام على الفعل المحظور من جانب السلطات العامة فى حالة الضرورة مستهدفا تحقيق المصلحة العامة للمسلمين ، ومن ثم فان تصرفات وممارسات السلطة العامة فى الدولة الاسلامية ، فى كافة المجالات وبمختلف الظروف والأوقات ، محكومة دائما باستهداف المصلحة العامة وتدور معها وجودا وعدما ، بحيث يكون الحكم بصحتها أو ببطلانها مرتبطا بمدى استهدافها وتحقيقها للمصلحة العامة لجماعة المسلمين (٢) . وليس هذا خاصا فقط بحالة الضرورة بل ان شرط المصلحة هو شرط أساسى فى جميع تصرفات السلطة ، سواء كانت فى حالة السعة والاختيار أو فى حالة الضرورة . ويترتب على ذلك أن السلطات العامة وهى بصدد حالة الضرورة ، اذا حادت عن المصلحة الأساسية للمسلمين ، بأن تكون قد استهدفت تحقيق مصالح شخصية أو أغراضا وغايات تغاير المصلحة العامة أو تناقضها ، فانها تكون قد انحرفت فى استعمال السلطة المخولة لها فى هذه الحالة عن الغاية المحددة لها ، الأمر الذى يتعين معه الغاء هذه التصرفات والغاء ما يترتب عليها من آثار (٣) .

---

(١) د . محمد عبدالله العربى : التنظيم الاسلامى ص ١٣٤ .

(٢) انظر كتابنا : رقابة القضاء على أعمال الادارة ص ١٨ ، ١٩ .

(٣) د . السنهورى : الخلافة ص ١٧٧ ، ١٧٨ .
وللمزيد من التفصيل .

د / محمد طاهر عبدالوهاب ـ المصدر السابق ص ٧١٣ ومابعدها .

الفصل الرابع

النتائج المترتبة على تطبيق نظرية الضرورة

يترتب على الأخذ بنظرية الضرورة فى نطاق ممارسة السلطة العامة بعض النتائج التى يتمثل أهمها فى أثر الضرورة على حق الطاعة من جانب الأفراد ، ومدى شرعية التعويض عن الأعمال التى تتم وفقا لمقتضى الضرورة . وسنعرض فيما يلى لهاتين المسألتين :

المبحث الأول

أثر الضرورة على حق الطاعة

اذا كان الواجب فى الظروف العادية يحتم على المسلمين عدم طاعة قرارات السلطة العامة المخالفة للقانون الاسلامى ، لأنها باطلة ، ويجب التصدى لها وابطالها لكونها باطلة بخروجها عن دائرة المشروعية الاسلامية ، الا أن الحكم يتغير فى الظروف غير العادية ، بحيث تصبح هذه القرارات صحيحة ونافذة ومرتبة لآثارها القانونية ، طالما أنها صدرت وفقا لما تقتضيه الضرورة من أحكام ، بحيث يجب على المسلمين طاعتها والخضوع لأحكامها .

فحالة الضرورة هنا هى التى تجعل المحظور مباحا ومشروعا ، ولا تعتبر هذه القرارات فى هذه الحالة خروجا على نطاق المشروعية ، وانما تعد الوجه الآخر لها الذى فرضه الشارع للظروف والأوضاع غير العادية التى فرضتها حالة الضرورة [1] . بل قد يكون المحظور الذى أصبح مشروعا بمقتضى الضرورة واجبا أو مندوبا ، حسب خطورة الحالة غير العادية وضرورة مواجهتها بما يدفع خطرها عن الدولة الاسلامية

---

(١) انظر فى هذا المعنى : د. السنهورى : الخلافة ص ٢٠٨ .

ويحفظ مصالحها الأساسية .

غير أن حق الطاعة للقرارات الصادرة من السلطة العامة والتى أوجبتها الضرورة مقيد بالقيود الآتية :

القيد الأول : أنه لما كانت الضرورة من الأمور غير الطبيعية والمخالفة للمألوف وحكم الأصل ، كان طبيعيا أن تكون الاجراءات التى تستخدمها السلطات العامة فى الدولة الاسلامية لمواجهتها مؤقتة بالفترة التى يظل فيها الخطر الناجم عن الظرف غير المألوف قائما ، وذلك باعتبار أن هذه الظروف بحسب الأصل ظروف طارئة غير عادية تتسم بكونها عارضة وغير دائمة ، ومن ثم فان آثارها تقتصر فحسب على الوقت أو الأوقات التى تتحقق فيها هذه الظروف ، وهذا القيد اعمال لقاعدة كلية من القواعد التى قررتها الشريعة الاسلامية فى بناء تشريع الضرورة، وهى أن " الضرورة تقدر بقدرها " فاذا زال الظرف الذى استوجب العمل بموجبها فيتعين العودة فورا الى حكم الأصل ، لأن ما يجوز فعله بسبب عذر من الأعذار فانه يفقد أساس مشروعيته بزواله ومن هنا جاءت القاعدة الكلية التى تقضى بأن " ما جاز لعذر يبطل بزواله "[1] .

والنتيجة المنطقية المترتبة على هذا القيد أنه اذا استمرت السلطة العامة فى الدولة الاسلامية فى استخدام الوسائل الاستثنائية المقررة لحالة الضرورة بعد زوالها ، فان مشروعية هذه الوسائل تنتفى ، وتعتبر القرارات الصادرة من السلطة العامة بشأنها منعدمة ، ولا يجوز أن يترتب عليها أى آثار قانونية فى مواجهة أفراد الجماعة الاسلامية ،

---

(١) د . وهبه الزحيلى — الضرورة الشرعية ص ٢٤٩ .
د . يعقوب عبدالوهاب الباحسين — رفع الحرج ص ٤١١ .

ويحق للكافة طلب الغائها ، كما يحق لمن أصابه ضرر من اعمالها مطالبة السلطة العامة بالتعويض عما لحقه من ضرر ، وذلك اعمالا للقاعدة الشرعية التى تقضى بأن "الضرر يزال" والقاعدة التى تقضى بأنه "لا ضرر ولا ضرار" غير أن أخطر النتائج المترتبة على هذا القيد أنه اذا استمرت السلطة العامة فى اعمال حكم الضرورة بعد انتفاء موجبها فان هذه القرارات تعتبر منعدمة ويسقط واجب الطاعة المقرر لأولى الأمر بمقتضى قوله عز وجل : "يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم "(١) وذلك لأن السلطة العامة فى الدولة الاسلامية اذا خرجت عن نطاقها الذى رسمه الشارع فان الطاعة لا تكون لازمة وبمعنى أدق فانها تكون غير جائزة ، وذلك لأن طاعة الحكام ليست طاعة أصلية واجبة ابتداء ، وانما هى طاعة تبعية ترتبط أساسا بطاعة الحكام لله وللرسول وهو ما استدل المفسرون من تكرر أمر الطاعة فى وجوب طاعة "الله" وطاعة "الرسول" وعدم تكرره فى طاعة "أولى الأمر" وهو ما يوضح أن الطاعة مستمدة أساسا من طاعة أولى الأمر لله وللرسول بالتزام أوامرهما والكف عن نواهيهما والعمل على تحقيق وكفالة غايات الشارع وأهدافه (٢) .

ومن ثم فان الطاعة لا تكون واجبة الا فى حالة التزام السلطة العامة بحدود وضوابط المشروعية العادية أو مشروعية الضرورة ، أما

---

(١) سورة النساء آية ٥٩ .

(٢) للمزيد من التفصيل فى هذا الموضوع :

- الرازى — مفاتيح الغيب ج ٣ ص ٢٤٢ .
- الزمخشرى — الكشاف ج ١ ص ٥٢٥ .
- الفاسى — الامامة العظمى ص ٤١ .
- د . محمد عبد الله العربى — نظام الحكم فى الاسلام ص ٨٠ .

خلاف ذلك فلا تكون الطاعة وانما يكون الواجب على المسلمين فى هذه الحالة هو الرد والانكار (١) .

وترتيبا على ذلك فانه يجب على السلطة العامة فى الدولة الاسلامية أن تعود فورا الى حكم الأصل فور زوال حالة الضرورة ، ويجب السعى دائما وأبدا وباستمرار للخروج من حالة الضرورة والعودة الى حكم الأصل بتطبيق قواعد المشروعية العادية وذلك لأنه لا يجوز أن توطن النفوس على دوام حكم الضرورة بل تستمر فقط بقدر ما تستوجبه الضرورة (٢) .

القيد الثانى : أن الذى يقتضى الالتزام به وقبوله اعمالا لما تقتضيه الضرورة مخالفا لقواعد المشروعية العادية هو القواعد والأحكام التى تقتضى الضرورة استبعادها والعمل بما ينافيها دفعا للضرورة أما باقى الأحكام والقواعد التى لا تقتضى الضرورة استبعادها فانها تبقى على حكم الأصل من حيث التزام السلطات العامة والأفراد بها ولا يجوز الخروج عليها وترتيبا على ذلك أنه اذا طرأ خطر داهم نتيجة طروء حالة محددة أو تعرض ناحية محددة لخطر داهم فلا يجوز التذرع بهذا لاستصدار قرارات استثنائية ومدها على حالات أو نواحى أخرى لا تتحقق بشأنها حالة الضرورة .

ولو فعلت السلطة ذلك بأن تذرعت بحالة من حالات الضرورة ومدتها على الحالات الأخرى أو حدث ظرف فى ناحية من النواحى وقامت السلطة العامة بفرض ما يقتضيه هذا الظرف على النواحى الأخرى

---

(١) الامام محمد بن الحسن الشيبانى — السير الكبير ج٢ ص ٢٧ .
(٢) فى هذا المعنى : الدكتور / السنهورى — الخلافة ص ٣٩ .
الشيخ محمد رشيد رضا — الخلافة ص ٣٨ .

فان ذلك يعتبر تجاوزا فى استخدام السلطة وخروجا بها عن مقتضياتها وجميع القرارات الصادرة منها على هذا النحو باطلة وغير مشروعة ويترتب على ذلك أن تأخذ هذه القرارات حكم القرارات الصادرة فى الظروف العادية وتكون مخالفة لحكم الأصل لأنه ليس من شأن الظرف الاستثنائى أن يسبغ عليها المشروعية ولا يجوز طاعة السلطة العامة بصددها ، كما لا تلتزم بها الأمة الاسلامية ، ويجب التصدى لها أمام القضاء لالغائها بازالة ما ترتب عليها من آثار ، كما يتعين على المحاكم الحكم بانعدامها لخروجها عن الحدود التى تستلزمها الضرورة .

ويلاحظ أن تقريرنا بسقوط حق الطاعة فى حالة زوال فترة الضرورة ومع ذلك تستمر السلطة العامة فى الدولة الاسلامية بالعمل بالوسائل الاستثنائية ، وكذلك فى حالة مد السلطة العامة حالة الضرورة التى تحققت فى حالة أو ناحية على حالات أخرى أو نواحى أخرى ، لا يعنى أن تترك الحرية للافراد فى رفض القرارات الصادرة من السلطة العامة بزعمهم عدم توفر شروط الضرورة وضوابطها على النحو الذى تعرضنا له ، وانما يجب أن يتقرر ذلك من خلال سلطة مختصة فى الدولة الاسلامية سواء كانت هذه السلطة هى الهيئة التشريعية التى تتكون من أهل الحل والعقد وهم أخيار الأمة الاسلامية وأهل الاجتهاد فيها أو من السلطة القضائية سواء أكان القضاء العادى أو قضاء المظالم . وذلك لأن ترك هذا الحق للأفراد يعملونه حسبما تنتهى اليه آراؤهم واجتهاداتهم وأغراضهم يمكن أن يؤدى الى نتائج خطيرة . ومن ثم فان سقوط حق الطاعة يجب أن يتقرر من خلال سلطة مختصة توفر فى أعضائها الوقوف على أدلة الأحكام وما تستوجبه مصلحة جماعة المسلمين .

واذا تقرر عن طريق هذه الهيئة أن القرارات الصادرة من السلطة العامة تجاوزت حالة الضرورة وشروطها فانه يتحتم على الادارة تصحيح قراراتها وازالة كافة الآثار التى ترتبت عليها والتى أصدرتها بزعم الضرورة والا فان واجب الطاعة المقرر لصالحها من جماعة المسلمين ينتفى ويتعين الرد والانكار على النحو الذى أشرنا اليه .

المبحث الثانـــى

التعويض عن الفعل المحظور في حالة الضرورة

ان صفة الشرعية التى انطبقت على الفعل المحظور بمقتضـــى الضرورة لا تؤدى الى سقوط حق من أضير من جراء ذلك الفعـــل ، ولا تمنع من قيام مسئولية السلطات العامة في الدولة الاسلامية عن تعويض من أضير تعويضا عادلا يتناسب مع الضرر الذى لحقه . وتأتى شرعيـــة التعويض لمن أضير تعويضا عادلا يتناسب مع الضرر الذى لحقه اعمـــالا وتطبيقـــا للقاعـــدة الفقهيـــــــة : "الاضطرار لا يبطل حق الغير[1] ".

وقد جاء فى الحديث أنه " لا ضرر ولا ضرار فى الاســلام ".

والضرر هو الحاق المفسدة بالغير ، والضرار : مقابلة الضرر بالضــرر . ولذلك كان من المسلم به فى الفقه الاسلامى أن : " الضرر لا يـــزال بالضرر " . وبناء على ذلك فان اباحة الفعل المحظور فى حالة الضرورة لا تمنع من قيام المسئولية بالتعويض أو الضمان ، اذا ترتب على الفعـــل المحظور الحاق ضرر بالغير أو مساس بحقوقه ، اذ أنه ليست هناك ضرورة لابطال هذه الحقوق والمصالح ، حيث أنها مصونة فى الاسلام بقـــول الرسول صلى الله عليه وسلم : " كل المسلم على المسلم حرام : دمـــه وماله وعرضه "[2] ، وبقوله صلى الله عليه وسلم : " لا يحل مال امـــرئ مسلم الا بطيب نفسه "[3] . وترتيبا على ذلك يقرر الفقهاء أنـــه اذا

---

(١) انظر : د . وهبة الزحيلى : نظرية الضرورة الشرعية ص٢٥٣ وما بعدها .
د . يوسف قاسم : نظرية الضرورة ص ٢٤٦ .

(٢) صحيح مسلم بشرح النووى ج ٥ ص ٤٢٨ .

(٣) الشوكانى : نيل الأوطار ج ٥ ص ٣٥٥ .

جاز لولى الأمر العادل أن يفرض للضرورة قيودا على الملكية الخاصة ، فيحددها بمقدار معين أو ينتزعها من أصحابها فى سبيل المصلحة العامة كتوسعة طريق أو مجرى مائى ، الا أن عليه فى هذه الحالة تعويض أصحابها تعويضا عادلا [1] . وقد روى أن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان رضى الله عنهما وغيرهما من حكام المسلمين قاموا بنزع ملكية بعض الدور المحيطة بالحرم المكى لتوسعته جبرا عن أصحابها ، وقاموا بدفع ثمنها لهم بالعدل والقسط [2] . وروى أيضا أن عمر بن الخطاب أمر بتعويض يهود خيبر ونصارى نجران الذين أجلاهم الى الشام والكوفة ، حيث كان ليهود خيبر ونصارى نجران اتفاقات وعهود عند رسول الله صلى الله عليه وسلم تقضى بتركهم فى الجزيرة ومايدينون وعدم التعرض لهم [3] ، ورأى عمر ضرورة اجلائهم مع غيرهم من أهل الأديان من الجزيرة العربية ، وذلك نظرا للمخاطر التى ينطوى عليها السماح لهم بالبقاء بالجزيرة على أمن الدولة الاسلامية فى ظل تربص الروم وفارس بالمسلمين ، واثارتهم الفتنة على أطراف الدولة الاسلامية [4] . وقد روى أن عمر عوض نصارى نجران بأرض وعقارات بدل التى كانت لهم بنجران ، كما أسقط عنهم الجزية أربعة وعشرين شهرا ، وكتب لهم كتابا بذلك [5] .

(١) الشيخ محمد أبو زهرة : محاضرات فى المجتمع الاسلامى (مطبوعات معهد الدراسات الاسلامية) ص ٢٦ .
(٢) الشيخ على الخفيف : الملكية فى الشريعة الاسلامية جـ ١ ص ٦٩ (مطبوعات معهد الدراسات الاسلامية سنة ١٩٦٩م) .
(٣) د. سليمان الطماوى : عمر بن الخطاب ص ٣٧٦ ، ٣٧٧ .
(٤) د . محمد حسين هيكل : الفاروق عمر جـ ٢ ص ٢٠٤ ومابعدها .
(٥) انظر : د . سليمان الطماوى : عمر بن الخطاب ص ٣٧٨ .

كمــــا روى البخارى فى صحيحه أن جيش المسلمين احتاج الى الماء ، فأرسل النبى صلى الله عليه وسلم على بن أبى طالب كرم اللــه وجهه وصحابيا آخر ليبحثا عن الماء ، فلقيا امرأة على بعير بين مزادتين أو سطيحتين (قربتين) مليئتين بالماء ، فقاداها الى الرسول صلى الله عليه وسلم فأمر بأخذ الماء منها وعوضها عنه بتمر وشعير وحب مدشوش[1] .

وحق المضرور فى التعويض عما لحقه من ضار نتيجة اباحـــة المحظور أو وجوبه على أى من الرأيين هو الرأى الراجح فى الفقه الاسلامى[2]

---

(١) صحيح البخارى ج ١ ص ٩٣ .

(٢) هناك اتجاهات ثلاثة فى مسألة التزام المضطر بتضمين الضرر الذى أحدثه بالغير نتيجة تناول مال الغير للضرورة ، فهناك اتجاه يرى بالضمان وهم الاحناف والشافعية والحنابلة وبعض المالكية وهؤلاء منهم من قال أن الضرورة تبيح الفعل المحظور ، ومنهم من قال بـــأن الضرورة توجب الفعل فى حين يرى أكثر المالكية أنه لا يجب علـــى المضطر ضمان مال الغير الذى تناوله لأن المالك كان يتعين بذل ماليه من فضل الطعام كما أن المضطر ما تناول طعام الغير الا حفظا لنفسه من الهلاك والتلف وهؤلاء يستندون الى أن " الواجب لا يؤخذ له عوض " ، أما الاتجاه الثالث وهو مذهب الظاهرية وبعض المالكية وهو يفرق بين حالتين: الأولى توفر المقدرة لدى المضطر فى تضمين الغير وفى هذه الحالة يتعين التضمين ، والثانية حالة عدم توفـــر القدرة وفى هذه الحالة لا شىء عليه مطلقا وهو ما قرره ابن حزم فـــى المحلى ج ٨ ص ٣٣٠ حيث قرر بعد أن أورد قوله تعالى : " فمـــن اضطر فى مخمصة غير متجانف لاثم فان الله غفور رحيم " قال : " فان كان المكره على أكل مال مسلم له مال حاضر فعليه قيمة ما أكل لأن هكذا هو حكم المضطر وان لم يكن له مال حاضر فلا شىء عليـــه فيما أكل لما ذكر .. " ويرى د / يوسف قاسم أن العلامة الزرقانـــى من المالكية يبدو أنه اختار هذا الرأى (وللمزيد من التفصيـــــل د / يوسف قاسم ـ نظرية الضرورة ص ٢٤٢ ـ ٢٤٧) وفيما نـــرى أن الاتجاه الأول هو الاتجاه المقبول فى هذا الشأن خصوصا فى =

وذلك لأنه على الرأى الذى يرى أن الضرورة تبيح الفعل المحظور فان القائلين بهذا الرأى يرون بأن الاباحة لا تتنافى مع الضمان [١] ومن ثم فان كون الفعل قد أبيح لدفع الضرورة واتقاء ما يترتب عليها من أضرار جسيمة لا يحول دون تضمين المضرور ٠

أما الذين قالوا بأن الضرورة تؤدى الى وجوب الفعل المحظور فان القائلين بهذا الرأى أسسوا حق المضرور فى التعويض على القاعدة الكلية التى تقرر بأن الضرر لا يزال بالضرر " [٢] .

= الضرورة التى تلجىء الدولة الى استخدام وسائل تخالف المشروعية العادية المقررة حال السعة والاختيار دفعا لضرورة لأنه على الرأى الأول فلا خلاف على التضمين كما أنه وفقا للاتجاه الثالث فان بيت مال المسلمين تتوفر لديه القدرة فى التضمين تضمن الدولة الاسلامية بالتالى تضمين المضار التى أحدثتها نتيجة الوسائل الاستثنائية التى استخدمتها دفعا للضرورة ، أما الاتجاه الثانى وهو مذهب أكثر المالكية فهو ينصرف من ناحية الى تضمين قيمة الطعام الذى تناوله المضطر دفعا للمخمصة والذى كان يتعين على مالكه بذل ما لديه من فضل الطعام ، كما أن المضطر لم يتناول الطعام الا لسد رمقه حفظا لنفسه من الهلاك والتلف (د / يوسف قاسم ـ نظرية الضرورة ص ٢٤٢ ومابعدها)٠
ومن ثم لا ينصرف هذا القول على المضار الجسيمة التى يمكن أن تترتب على الوسائل الاستثنائية التى تستخدمها الدولة لضرورة٠

(١) فى هذا المعنى :
ابن عابدين ـ حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٢٩٥ ـ ٢٩٦ ٠
وشرح الفتح القدير جـ ٤ ص ٢٨٨ ـ المكتبة التجارية ٠

(٢) الشيخ محمد الشربينى الخطيب ـ مغنى المحتاج الى معرفة ألفاظ المنهاج جـ ٤ ص ٣٠٩ ٠

وترتيبا على ذلك فان الضرر الذى يترتب على الخطر المحدق به لا يزال باحداث ضرر بالغير لأنه "لا ضرر ولا ضرار" وان تعيين على من تحققت الضرورة فى مواجهة دفعها بازالة الضرر اعمالا للقاعدة الكلية التى تقرر "الضرر يزال" و "الضرورات تبيح المحظورات" فانه يجب مع ذلك مراعاة عدم ضرر الغير وذلك بوجوب ضمان المضطر لقيمة ما أحدثه من ضرر لغيره [1] .

ويمكن أن يستقى هذا المعنى مما قرره الامام القرافى حينما قرر بأن " اذن المالك - من لحقه الضرر - لم يوجد وانما وجد اذن صاحب الشرع ، وهو لا يوجب سقوط الضمان "[2] .

وأساس التضمين والتعويض هنا لا يقوم على أساس الخطأ وذلك لأن الضرورة رفعت الحظر عن الفعل وأسبغت عليه المشروعية ومن ثم فان ارتكاب الفعل فى هذه الحالة يعتبر تطبيقا لأدلة الأحكام فى الفقه الاسلامى المقررة للضرورة - وذلك كما سبق البيان - حيث يعتبر حكم الضرورة فى هذه الحالة حكم الله المقرر فى المسألة للضرورة ، وهو ما يستفاد مما قرره الامام ابن حزم حيث يقرر : "أن ما أباحه الله تعالى عند الضرورة فليس خبيثا بل هو حلال طيب لأن الحلال ليس خبيثا "[3] . وما قرره الامام ابن حزم يقرر قاعدة حاسمة فى مشروعية أعمال الضرورة ، وذلك لأنها تزيل الخبث - ترفع الحظر والحرمة - عن الفعل وتجعله مشروعا يتعين اتباعه للضرورة .

---

(١) د / يوسف قاسم - نظرية الضرورة ص ٢٤٣ .
(٢) الامام القرافى - الفروق جـ ١ ص ١٩٥ .
(٣) الامام ابن حزم - المحلى جـ ١ ص ١٧٦ .

وترتيبا على ذلك يمكن القول بأن أساس مسئولية التضمين في هذه الحالة في نطاق التزام الأفراد بتعويض الأضرار الناتجة عن أفعالهم التى ارتكبوها لضرورة يمكن أن يرجع الى نظرية الاثراء بلا سبب ، أو نظرية تحمل التبعة ، في حين أن أساس المسئولية التى تقع على الدولة الاسلامية وسلطاتها العامة اذا ما أقدمت على استخدام وسائل استثنائية لمجابهة حالة الضرورة اذا ما توفرت شروطها وترتبت على ذلك الاستخدام أضرار لحقت بالمسلمين يمكن أن يرجع الى فكرة تحمل التبعة والمخاطر على النحو المستقر عليه حديثا في الفقه المعاصر .

الباب الثاني

نظرية الضرورة في النظم المعاصرة

تمهيد :

يقتضى تطبيق مبدأ الشرعية أن تحترم السلطات العامة فى الدولة جميع القوانين واللوائح القائمة فيها ، وأن تخضع لأحكامها فى كل ما تقوم به من تصرفات ، وذلك ما لم توقف هذه القوانين أو اللوائح ، أو يتم تعديلها أو الغاؤها بالطرق المقررة لذلك . الا أنه قد تطرأ على حياة الدول ظروف استثنائية مثل : الحروب أو الفتن أو الأوبئة أو المجاعات أو الكوارث ، داخل الدولة أو خارجها (1) ، مما يشكل خطرا على وجودها واستقلالها واستقرارها ، أو يؤدى الى الاخلال بالنظام العام أو باستمرار سير المرافق العامة وفقا لما يجب أن تسير عليه . وبحيث لا يمكن لهذه السلطات مواجهة الظروف الطارئة من خلال تطبيق النصوص القانونية الموضوعة للظروف العادية ، أو من خلال اتباع الاجراءات المقررة لتعديل هذه النصوص بسبب ما تقتضيه مواجهة الظروف الاستثنائية عادة من وجوب السرعة والحزم فى التصرف .

---

(1) تتخذ الظروف الاستثنائية التي تواجه الدول المختلفة صورا متعددة يمكن ردها الى قسمين : الأول ظروف استثنائية دولية كالحروب العالمية أو الاقليمية أو انتشار الأوبئة في المنطقة المحيطة بالدولة . والثانى ظروف استثنائية داخلية مثل الأزمات الاقتصادية والسياسية والزلازل والبراكين وغير ذلك مما يعرض للدولة .

ولذلك فقد كان من المحتم فى مثل هذه الظروف الاستثنائية ، تقرير سلطة استثنائية للسلطات العامة فى الدولة تخول لها الخروج على القواعد والنصوص القانونية القائمة فى الدولة والموضوعة أصلا لمواجهة الظروف العادية ، وذلك بالقدر اللازم لمواجهة الظروف الاستثنائية التى قد تلم بالدولة . باعتبار أن الزام سلطات الدولة بتطبيق ذات القواعد الموضوعة لحكم الظروف العادية على الظروف الاستثنائية يؤدى الى نتائج غير مقبولة تتعارض ونية واضعى هذه القواعد ، بالاضافة الى أنه اذا لم يوجد فى القواعد القانونية القائمة ما ينظم الاجراءات الواجب اتخاذها فى حالة الظروف الاستثنائية ، فانه يتعين عندئذ تمكين السلطات العامة من اتخاذ الاجراءات الكفيلة بمواجهة هذه الظروف ، ومن ناحية أخرى فانه من الأصول المقررة فى فقه القانون العام أن هناك قاعدة تنتظم وتفوق جميع المبادئ والنصوص القانونية ، ومن بينها مبدأ الشرعية ، مؤداها وجوب الابقاء على الدولة ، باعتبار الدولة هى الأداة التى تعمل على بقاء هذه المبادئ والقواعد القانونية واحترامها ووضعها موضع التطبيق . وعلى ذلك فحماية مبدأ الشرعية يقضى فى المقام الأول العمل على بقاء الدولة ، وهو ما يستتبع بالتالى أن تخول السلطات العامة فى الدولة فى حالة الظروف الاستثنائية بعض السلطات التى تسمح لها باتخاذ الاجراءات التى تتطلبها مواجهة هذه الحالة ، ولو أدى ذلك بها أن تخالف القانون فى منطوقه ، مادامت تبغى تحقيق الصالح العام[1].

---

(١) راجع : د . فؤاد العطار : القضاء الادارى ص ٦٧ ، ٦٨ ، حكمى المحكمة الادارية العليا فى القضيتين رقم ٩٥٦ ، ٩٥٨ للسنة الخامسة القضائية بجلسة ١٤/٤/٦٢ المجموعة : السنة السابعة ص ٦٠١ .
د . طعيمة الجرف ـ القانون الادارى ـ طبعة ١٩٧٨ ص ٥٠٤ .

- Mathiot (André) : " La théorie de circonstances exceptionnelles , in étude en l'honneur d'Achili Mestre , évolution du droit public , Sirey . 1965 . p : 415 .

ونظرية الضرورة فى الفقه المعاصر تطرق اليها الفقه بمسميات عديدة ، تعبر هذه المسميات جميعا عن طروء ظروف شاذة غير مألوفة تهدد الدولة ومصالحها الأساسية للخطر تلزم هذه الظروف الدولة باللجوء الى وسائل استثنائية تخالف قواعد الشرعية العادية ٠

فقد تطرق اليها البعض تحت مسمى " نظرية الضرورة "(1) ، كما تطرق اليها البعض الآخر تحت مسمى " نظرية الظروف الاستثنائية "(2)

= ولاحظ تعليق الأستاذ " فالين " على حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر بتاريخ ١٩٥٠/٧/٧ فى قضية Dehaene — مجلة القانون العام سنة ١٩٥٠م ص ٦٩١ ، حيث يشير الى أن مجلس الدولة يسلم بوجود مبدأ مصدره العرف يعلو على كافة القوانين المكتوبة حتى الدستورية منها ، مؤداه وجوب تأمين سير المرافق العامة اللازمة لحياة الأمة بأى ثمن ، ثم يضيف " فالين " تأكيدا لذلك بأن التفكير السليم يرجح فكرة بقاء الدولة واستمرارها على فكرة الشرعية ، لأن مبدأ الشرعية لابد وأن ينهار دفعة واحدة اذا انهارت الدولة ٠

(١) من الذين أطلقوا على هذه النظرية مسمى الضرورة الدكتور وحيد رأفت — القانون الادارى ط ١٩٣٩/٣٨ ص ١٨٩ ومابعدها ،
د / يحى الجمل — نظرية الضرورة فى الفقه الدستورى ص ١٠٠ — ١٠١ ،
د / عبد الحميد متولى — الوسيط فى القانون الدستورى ص ٣٤٠ ،
الفونس الألفى — الأعمال الادارية ونظرية الضرورة ص ٨٢٧ ،
د / محمد فؤاد مهنا — القانون الادارى طبعة ١٩٧٥ ،
د / ابراهيم زكى أخنوخ — حالة الضرورة فى قانون العقوبات عام ١٩٦٩ ص ٩ ،
د / يوسف قاسم — نظرية الضرورة ص ٦٢ ٠
د / ماجد الحلو — القضاء الادارى ط ١٩٨٥ ص ٥٥ ٠

(٢) د / محسن خليل — القضاء الادارى ط ١٩٦٨ ص ١١٠ — ١٢٢
د / طعيمة الجرف — القانون الادارى ط ١٩٧٨ ص ٥٠٤ ،
ومبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون ص ١٧٢ ومابعدها ٠
د / مصطفى أبو زيد فهمى — القضاء الادارى ص ٢٠٩ ٠
د / أحمد مدحت على — نظرية الظروف الاستثنائية

فى حين أن البعض الآخر عبر عنها بكل من المصطلحين باعتبارهما مترادفين (١)• غير أن البعض الآخر من الفقه ينتقد هذا الخلط بين المصطلحين ويرى ضرورة التمييز بينهما (٢) وتنظم نظرية الضرورة أو نظرية الظروف الاستثنائية (٣) ممارسة السلطات التى تمنح استثناء

---

(١) د / محمود حافظ — القضاء الادارى ط ١٩٧٩ ص ٤٢ ومابعدها •
د / طعيمة الجرف حيث أطلق على هذه النظرية فى مؤلفه القانون الادارى نظرية الظروف الاستثنائية ص ٥٠٤ ومابعدها فى حين أطلق على هذه النظرية فى مؤلفه — مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون ص ١٣٥ ومابعدها مسمى " نظرية الضرورة " مما يعنى أنه يستخدم اللفظين بمعنى واحد •

(٢) د / ابراهيم درويش — نظرية الظروف الاستثنائية — مجلة ادارة قضايا الحكومة العدد ٤ السنة ١٠ ص١٠٦ — ١١٠ •
استاذنا الدكتورسليمان الطماوى — القرارات الادارية حيث يفضل سيادته اطلاق اسم " نظرية سلطات الحرب والظروف الاستثنائية " على نظرية الضرورة كما أن سيادته يرى أن أساس النظرية القانونى يرجع الى " واجبات السلطة الادارية " وليس الى فكرة الضرورة وللمزيد من التفصيل : المصدر المشار اليه ص ١١٨ ،
والوجيز فى القانون الادارى ص ٥٨٥ — ٥٨٦ ط ١٩٧٩م — دار الفكر العربى •
وللمزيد من التفصيل فى الآراء السابقة :
د / سامى جمال الدين — لوائح الضرورة وضمانات الرقابة القضائية ص ١٣ — ١٤ — منشأة المعارف بالاسكندرية •

(٣)
La théorie des circonstances exceptionnelles .

للسلطات العامة فى الدولة فى حالة حدوث ظروف استثنائية تهدد استقرار الدولة وأمنها ، أو انتظام سير المرافق العامة بها ، وفقا لهذه النظرية تصبح بعض الاجراءات التى تعتبر غير مشروعة فى الظروف العادية ، مشروعة فى حالة قيام ظروف استثنائية تبرر اتخاذ هذه الاجراءات [١] . ومع ذلك فان السلطات العامة ليست طليقة من كل قيد ، بل تخضع لأصول وضوابط ، فضلا عن خضوع هذه التصرفات للرقابة القضائية [٢] . وهو الأمر الذى يعنى أن السلطات العامة لا تخرج عن نطاق مبدأ الشرعية فى حالة الظروف الاستثنائية ، بل انها تظل أيضا خاضعة للقانون ممثلا فى القيود والضوابط التى تحددها نظرية الظروف الاستثنائية ، أو التى قد يرسمها المشرع ، أو التى قد يتطلبها القضاء . وكل ما فى الأمر أن مبدأ الشرعية اذا كان يطبق تطبيقا صارما فى ظل الظروف العادية ، فانه فى ظل الظروف الاستثنائية يتخذ شكلا أكثر مرونة بحيث تتسع دائرته لتشمل القوانين والقواعد المقررة لمواجهة هذه الظروف ، أو التى يجب اتخاذها لمواجهتها [٣] .

---

(١) د . محمود حلمى : نشاط الادارة (دار الفكر العربى ـ الطبعة الأولى سنة ١٩٦٨م) ص ٤٢ ، ٤٤ .
د . سليمان الطماوى : النظرية العامة للقرارات الادارية (دار الفكر العربى ـ الطبعة الثالثة سنة ١٩٦٦م) ص ١١٨ .

(٢) د . فؤاد العطار : القضاء الادارى ص ٦٨ .
وللمزيد من التفصيل :
د / سامى جمال الدين ـ لوائح الضرورة وضمانات الرقابة القضائية ص ٥٣ ومابعدها .
د / محمد طاهر عبدالوهاب ـ المصدر السابق ص ٦٤٣ .

(٣) أستاذنا الدكتور أحمد كمال أبو المجد ـ الرقابة على أعمال الادارة العامة ط ١٩٦٢ ص ٧٩ .
د / سعيد عبدالمنعم الحكيم : الرقابة على أعمال الادارة ـ رسالة دكتوراه ـ ص ٥٠ .

ولذلك فقد قيل بحق ان نظرية الظروف الاستثنائية لا تعد ثغرة فى مبدأ الشرعية أو خروجا عليه ، وانما هى موازنة حقيقية للمبدأ فى ظل الظروف الاستثنائية الى الحد الذى يسمح بالقول بأنه اذا كانت القواعد القانونية الموضوعة لحكم الظروف العادية هى الوجه الأول لمبدأ الشرعية فان نظرية الظروف الاستثنائية هى الوجه الآخر للمبدأ (١) . وجدير بالذكر أن مختلف النظم الدستورية والقانونية الوضعية تعترف بنظرية الظروف الاستثنائية ، وتنظمها وتأخذ بها ، كلما طرأ ظرف من الظروف الاستثنائية على حياة الدولة لا تتمكن السلطات العامة من مواجهته

---

(١) انظر كتابنا : رقابة القضاء على أعمال الادارة العامة ص ١٥ ، وانظر :د . طعيمة الجرف : مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون ص ١٧٥ ، حيث يعلق على اقرار مجلس الدولة الفرنسى لمشروعية أعمال الضرورة بقوله : "أن المجلس لم ينته من ذلك الى التسليم بهدم مبدأ الشرعية نهائيا فى الظروف الاستثنائية ، ولكنه احساسا منه بضرورة تمكين السلطة العامة من أداء واجباتها فى الاشراف على تنفيذ القانون والعمل على سير المرافق ، يرى ضرورة تفسير القانون تفسيرا واسعا يسمح بتطويره وبامكان استيعابه لموجبات الظروف المستحدثة . فالدولة القانونية باقية اذن باستمرار فى الظروف العادية والظروف الاستثنائية على السواء ، غاية الأمر أن قواعد المشروعية يجب أن تتطور لتلاحق تطور الظروف بحيث يحل محلها فى الظروف الاستثنائية مشروعية استثنائية من نفس النوع والطبيعة ".
وهو ما قرره استاذنا الدكتور أحمد كمال أبو المجد حيث ينتهى الى أن حدود المشروعية فى الظروف الاستثنائية لابد وأن تختلف عن حدودها فى الظروف العادية . المصدر السابق ص ٨١ .

باعمال قواعد المشروعية العادية وان اختلفت وجهات نظر هذه النظم فى تقعيدها وفى الحلول التشريعية لها [1].

(١) يلاحظ أن الحلول التشريعية للظروف الاستثنائية ليست متماثلة فى كل الدول ، حيث تتخير كل دولة الحلول التى ترى أنها أكثر ملاءمة لمواجهة هذه الظروف ، ففى الدول الأنجلوساكسونية (المملكة المتحدة - والولايات المتحدة الأمريكية) نجد هذه الحلول قليلة وتقتصر على التشريعات دون النصوص الدستورية ، وهو ما يرجع الى تفضيل هذه الدول اللجوء الى أسلوب التفويض التشريعى لمواجهة الأزمات . فتلجأ الحكومة الى البرلمان تطلب منه تفويضا فى اتخاذ الاجراءات التى ترى أنها لازمة لمواجهة الأزمة القائمة . أما فى فرنسا ومصر فالأمر يختلف حيث يوجد تنظيم تشريعى ضخم لمواجهة الظروف الاستثنائية يمثله نصوص دستورية ويشمل عدة قوانين استثنائية . فعلى سبيل المثال يتضمن الدستوران المصرى والفرنسى عدة نصوص لمواجهة الظروف الاستثنائية ، ومن ذلك تخويل رئيس الجمهورية سلطة اتخاذ الاجراءات اللازمة لمواجهة الخطر الذى قد يتهدد مؤسسات وسلطات الدولة ويعوقها عن العمل (المادة ١٦ من الدستور الفرنسى ، والمادة ٧٤ من الدستور المصرى) وأيضا فان القوانين المعالجة للظروف الاستثنائية تتعدد فى البلدين ، ومن أبرزها فى فرنسا قانون الأحوال العرفية L'état de Siége ، الصادر فى ١٨٤٩/٨/٩م والمعدل فى سنوات ١٨٧٨ ، ١٩١٦ ، ١٩٤٤ ، وكذلك قانون الاستعجال L'état d'urgence عام ١٩٥٥م . وفى مصر قانون حالة الطوارئ رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨م الذى حل محل قانون الأحكام العرفية الذى يرجع تاريخ صدوره الى عام ١٩٢٣م .
انظر : د . أحمد مدحت على : نظرية الظروف الاستثنائية فى فرنسا ومصر ص ٢٧ ومابعدها .
د . عبد الحميد حشيش : مبادئ القضاء الادارى . المجلد الأول ص ٩٢ .

وسوف نركز في دراستنا لنظرية الظروف الاستثنائية على النظرية كما صاغها القضاء ، مع بيان الاشارة الى مسلك النظم القانونية في الحلول التشريعية للنظرية [1] وذلك لأن دراسة الحلول التشريعية لا تخرج في الواقع عن مجرد تفسير النصوص ،فضلا عن أن التحرر من قواعد المشروعية العادية وفقالها ، يتم باذن المشرع وبالقدر الذى تخوله التشريعات الموضوعة للظروف الاستثنائية ، ومن ثم فان التنظيمات التشريعية لهذه النصوص لا تنطوى على أى عدوان على مبدأ الشرعية ، وغاية الأمر أن توافر هذه الظروف يؤدى الى حلول التشريع الاستثنائى محل التشريع العادى ٠ في حين أن نظرية الضرورة كما صاغها القضاء تنطوى على معنى الاستثناء الحقيقى من قواعد المشروعية العادية ، فمن جانب يقوم القضاء بتطبيق هذه النظرية كأصل عام دون أى سند من النصوص ، ومن جانب آخر فان القضاء أيضا يسمح بمجاوزة التشريعات المنظمة للظروف الاستثنائية اذا دعت الضرورة الى ذلك ٠ وفى الواقع فانه مهما كانت توقعات المشرع بالنسبة للمستقبل ، فانه لا يستطيع التنبوء بكل ما يحدث ويستجد من أحداث ، فضلا عن الصعوبات التى تكتنف صياغة النصوص المحددة

---

(١) يلاحظ أن القضاء المصرى درج على استخدام اصطلاح " حالة الضرورة " للتعبير عن اصطلاح " الظروف الاستثنائية " الذى درج مجلس الدولة الفرنسى على استخدامه ٠ انظر فى ذلك : د ٠ أحمد مدحت على : رسالة الدكتوراه السابقة الاشارة اليها ص ٢٦٢ ، حكم محكمة القضاء الادارى فى القضية ٥٨٧ للسنة القضائية الخامسة بتاريخ ١٩٥١/٦/٢٦م ـ المجموعة ـ السنة الخامسة ص ١٠٩٩ ، وكذا حكم المحكمة الادارية العليا فى الطعنين رقم ٤٤٤ للسنة السابعة القضائية رقم ٧٣٠ للسنة الثامنة القضائية بتاريخ ١٩٦٦/٣/٢٦م ـ المجموعة ـ السنة الحادية عشر ص ٥٦٨ ٠

للسلطات في كل ظرف من الظروف الاستثنائية على حدة . بل أن التطبيق العملي قد كشف في كثير من الأحيان عن عدم تلاؤم التنظيمات التشريعية المفصلة للظروف الاستثنائية مع الظروف التي وضعت هذه التنظيمات لمواجهتها (1) .

وفي ضوء ما تقدم يمكن تحديد أهم السمات العامة لنظرية الظروف الاستثنائية باعتبارها من موازنات مبدأ الشرعية ، من خلال الفصول التالية :

الفصل الأول : في ماهية نظرية الضرورة وأصلها التاريخي .

الفصل الثاني : في الأساس القانوني لنظرية الضرورة .

الفصل الثالث : في شروط وضوابط نظرية الضرورة .

الفصل الرابع : في الحلول التشريعية لنظرية الضرورة وآثارها .

---

(1) انظر في هذا المعنى :
د . عبدالحميد حشيش : مبادئ القضاء الاداري . المجلد الأول ص ٩٢ .

الفصل الأول

ماهية نظرية الضرورة وأصلها التاريخي

نتناول فيما يلى ماهية نظرية الضرورة وأصلها التاريخى فى مبحثين : نخصص المبحث الأول للحديث عن ماهية الضرورة ، ونخصص المبحث الثانى للحديث عن الأصل التاريخى لنظرية الضرورة ، ثم نتناول فى المبحث الثالث نشأة الضرورة فى القانون والقضاء المصرى .

المبحث الأول

ماهية نظرية الضرورة

يتحدد مضمون نظرية الضرورة فى أنه اذا ما واجهت السلطات العامة فى الدولة ظرفا أو ظروفا استثنائية ، تهدد أمن أو سلامة أو استقرار الدولة ، أو انتظام سير المرافق العامة بها ، ولم تكن هناك تشريعات قائمة تمكن هذه السلطات من مواجهة مثل هذه الظروف ، أو اذا كانت التشريعات الموضوعة لمعالجة مثل هذه الظروف لا تخول السلطات العامة سلطات كافية لمواجهتها ، فانه يكون لهذه السلطات فى هذه الحالة أن تتحرر مؤقتا من قواعد المشروعية الموضوعة للظروف العادية ، وذلك بالقدر اللازم لمواجهة تلك الظروف ، وبحيث تصبح القرارات والاجراءات التى تتخذها السلطات العامة فى هذه الحالة مشروعة ، وبالرغم من أنها تعتبر غير مشروعة اذا اتخذتها نفس السلطات فى ظل الظروف العادية[1] . وترتيبا على ذلك يجوز

---

(١) راجع فى هذا المعنى :
د . محمود حلمى : نشاط الادارة . المرجع السابق ص٤٢ ، ٤٤ ،
د / محمد طاهر عبد الوهاب - المصدر السابق ص

للسلطة التنفيذية بمقتضى نظرية الضرورة اتخاذ تدابير مؤقتة لصيانة الأمن والنظام العام في حالة الضرورة ، ولو تضمنت مساسا بحقوق الأفراد وحرياتهم ، ولو لم تستند هذه التدابير الى أى نص في القانون[1] . كما يجوز لها أن تتجاوز القواعد المقررة للاختصاص في الظروف العادية فتمارس أعمالا تشريعية تدخل بحسب الأصل في ولاية السلطة التشريعية كتعديل القوانين القائمة أو الغائها أو تعطيل نفاذها[2] . أو تمارس اختصاصات[3] تدخل في نطاق الاختصاصات

= د . سليمان الطماوى : النظرية العامة للقرارات الادارية : المرجع السابق ص١١٧ ، ١١٨ .
د . فؤاد العطار : القضاء الادارى : المرجع السابق ص٦٧، ٦٨ .
د . محمد فؤاد مهنا : القانون الادارى العربى (الطبعة الثانية سنة ١٩٦٥م) جـ ٢ ص ١٠٦٤ .

(١) انظر في ذلك حكم محكمة القضاء الادارى فى القضيتين رقم ٦٢٣٦، ٧٣٣ للسنة الرابعة عشرة القضائية بتاريخ ١٩٦٦/٥/١٠م — المجموعة الخمسية ٦١/١٩٦٦م ص ٧٤٨ . وحكم المحكمة الادارية العليا فى القضية رقم ٦٧ للسنة الثانية القضائية بتاريخ ١٩٦١/٥/١٣ — المجموعة — السنة السادسة ص ١٠٢٠ ، ولاحظ حكم المحكمة الادارية العليا فى القضية رقم ١٨٧٠ للسنة السادسة القضائية بتاريخ ١٩٦٢/٦/٣٠م — المجموعة — السنة السابعة ص ١١٦٥، حيث أجاز للادارة الاعتقال لمجرد الشبهة الجدية دون أن تستند الى دليل حاسم .

(٢) د . طعيمة الجرف : مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون ص ١٨١ .

(٣) انظر حكم محكمة القضاء الادارى القضية رقم ٧ للسنة الأولى القضائية (دمشق) بتاريخ ١٩٦٠/٤/٢٨م — المجموعة — السنة الرابعة عشرة ص ٤٣ حيث قضى بشرعية قرار أصدره نائب الحاكم العسكرى وقائد الجبهة الجنوبية الغربية فى ظل توافر ظروف استثنائية =

المقررة للسلطات القضائية كالفصل فى المنازعات أو الأمر بالحبس والسجن تنفيذا لأمر اعتقال ادارى من غير صدور حكم قضائى ، وأيضا يكون للسلطة التنفيذية الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية النهائية بقرار ادارى ، اذا كان تنفيذ الحكم فورا من شأنه أن يؤدى الى اخلال خطير بالصالح العام يتعذر تداركه كحدوث فتنة أو تعطيل مرفق عام (١).

المبحث الثاني

الأصل التاريخي لنظرية الضرورة

من المتعين عند الحديث عن نظرية الضرورة فى الفقه القانونى المعاصر أن نشير الى أن هذه النظرية لا تقتصر على مجال محدد من مجالات القانون ، وانما هى نظرية عامة تنطبق على كل المجالات فى أوجه الحياة المختلفة كما تنصرف الى سائر التصرفات أيا كان نوعها ، ولها تطبيقات شتى فى مختلف فروع القانون ، لذلك تعتبر من المبادئ المقررة لدى رجال الفقه وان اختلفوا فى تصويرها وتبريرها (٢).

ففى نطاق القانون الدولى العام ، فان الدكتور عبد الرزاق السنهورى يرى أن هذه النظرية بدأت فى القانون الدولى العام شرطا

= بتقسيم المحاصيل الزراعية بين الملاك والمزارعين الذين اختلفوا حول ذلك بنسب معينة دون أن يصدر حكم قضائى بهذا التقسيم .

(١) انظر حكم المحكمة الادارية العليا فى القضية رقم ٧٢٤ للسنة الثالثة القضائية بتاريخ ١٠/١/١٩٥٩م - المجموعة - السنة الرابعة ص ٥٣٣ . وكذا حكمها فى القضية رقم ٢٢٤ للسنة الرابعة القضائية بتاريخ ٢٣/١٢/١٩٦١م - المجموعة - السنة الرابعة ص ١١٢ .

(٢) د . عبد الحميد متولى - الوسيط فى القانون الدستورى - الطبعة الأولى عام ١٩٥٦ ص ٣٤٠ .
د . يحى الجمل - نظرية الضرورة ص ٩ .

ضمنيا مفروضا فى المعاهدات الدولية ـ فهى ـ أى المعاهدات ـ تنقضى بتغير الظروف[1] . كما قد تدفع الضرورة دولة من الدول الى الخروج على القواعد المقررة فى القانون الدولى وارتكاب عمل يعتبر اعتداء صريحا على الحقوق المقررة للدول الأخرى[2] .
فى القانون الدولى وارتكاب عمل يعتبر اعتداء صريحا على الحقوق المقررة للدول الأخرى [2] .

وفى نطاق القانون الدستورى فان نظرية الضرورة لها تطبيقات شتى فى الدساتير المعاصرة لما يمكن أن تؤدى اليه الضرورة من تعطيل الدستور أو تعديل بعض أحكامه بغير الطرق المقررة فى الدستور فضلا عما أدت اليه التطورات السياسية والاقتصادية بعد الحرب العالمية الأولى حيث أدت هذه التطورات الى تخويل السلطة التنفيذية سلطات واسعة لمواجهة حالة الضرورة التى واجهتها العديد من الدول نتيجة الحرب أدت بها فى بعض الأحيان لتعطيل الحياة النيابية أو الاعتداء على اختصاص البرلمان فضلا عن طروء ظروف شاذة تخول للسلطة الادارية ضرورة مواجهتها باجراءات استثنائية حماية للدولة ومصالحها الأساسية

---

(١) د / عبد الرزاق السنهورى ـ الوسيط فى القانون المدنى جـ ١ ص ٦٣٩ دار احياء التراث العربى ـ بيروت .

(٢) د / وحيد رأفت ـ القانون الادارى ص ١٩٠ .
د / ابراهيم زكى أخنوخ ـ حالة الضرورة فى قانون العقوبات ص٩٠
ويرد كل منهما مثلا لذلك بألمانيا حيث استند الألمان عند اعتدائهم على حياد بلجيكا فى سنة ١٩١٤ على نظرية أو حق الضرورة بحسب تعبير علمائهم ، كما استغلها الحلفاء (انجلترا وفرنسا) فى خرق حياد اليونان سنة ١٩١٦ ، واستخدمها موسولينى فى الاعتداء على الحبشة ، كما استند عليها هتلر فى اقحام العالم فى حرب عالمية سنة ١٩٣٩ ، فضلا عن أن الكنيسة فى أوربا استخدمتها لاضفاء الشرعية على بعض الحروب .

خلافا للقواعد القانونية السائدة [١] .

وفى نطاق القانون الادارى فان للنظرية تطبيقات شتى حيث تبيح النظرية للسلطة الادارية أن تخرج عن نطاق الشرعية فى ظل الظروف الاستثنائية ، فضلا عن أن سلطاتها فى مجال الضبط الادارى تتسع اتساعا كبيرا عنه فى ظل الظروف العادية ، الى جانب ما يمكن أن تحدثه الظروف الطارئة من أثر على الالتزامات المتولدة على العقد الادارى [٢] .

وفى نطاق القانون المدنى فان النظرية لها تطبيقات عديدة فى مجال المسئولية العقدية [٣] .

---

(١) للمزيد من التفصيل فى هذا الشأن :
د / يحى الجمل — نظرية الضرورة فى القانون وبعض تطبيقاتها المعاصرة .
د / يوسف قاسم — نظرية الضرورة ص ٦٢ ، ٦٣ .
د / وحيد رأفت — القانون الادارى ص ١٩٠ .

(٢) يرى عميد الفقهاء المصريين الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهورى أن نظرية الظروف الطارئة وان كانت قد اندثرت فى القانون الخاص الا أنها ازدهرت فى القانون العام ويقرر سيادته بأنه قد جد فى مصر لمصلحة تطبيق النظرية أطراف (أولهما) انشاء القضاء الادارى وهو أكثر استعدادا لقبول هذه النظرية من القضاء المدنى (والثانى) ظهور القانون المدنى الجديد ، وقد وجد فيه القضاء المدنى ذاته النص الذى كان يتلمسه للأخذ بالنظرية . وللمزيد من التفصيل :
د / عبدالرزاق السنهورى — الوسيط فى شرح القانون المدنى ج ١ ص ٦٣٩ — ٦٤١ .

(٣) للمزيد من التفصيل فى هذا الشأن :
د / عبدالرزاق السنهورى — الوسيط فى شرح القانون المدنى ج ١ ص ٦٢٩ — ٦٥٢ حيث يرى سيادته أن الفقه فى القانون المدنى الحديث لا يقر النظرية على خلاف فى الرأى فى

وفى نطاق قانون العقوبات فان نظرية الضرورة لها مجالها حيث أن الانسان قد يجد نفسه أوغيره مهددا بضرر جسيم على وشك الوقوع فلا يرى سبيلا للخلاص منه الا بارتكاب الفعل المكون للجريمة ، لذلك كانت الضرورة سببا من أسباب الاباحة وامتناع العقاب ، وقد أولى فقهاء القانون الجنائى هذا الموضوع عناية كبيرة (١) ، كما أن للضرورة تطبيقات فى نطاق قانون الاجراءات الجنائية حيث تؤدى الضرورة فى بعض الأحيان الى مخالفة الشكل الاجرائى الذى حدده القانون كما هو الأمر فى صور الضرورة التشريعية الواردة فى قانون العقوبات فى المواد ٢/٢٩ ، ٢/٧١ ، ٧٧ ، ٤٥ (٢).

أما فى نطاق القانون الادارى فقد انتقلت اليه النظرية من القانون الدولى العام ، وكانت الحرب العالمية الأولى هى المناسبة التى وافق مجلس الدولة الفرنسى للأخذ بها لذلك يرجع الفضل فى ظهور هذه النظرية فى فقه القانون العام الوضعى الى مجلس الدولة الفرنسى (٣) ، حيث تصدى المجلس بروح المبادأة

= هذا الشأن كما لا يقرها القضاء . وقد تضمن القانون المدنى حكما خاصا لنظرية الحوادث أو الظروف الطارئة هو نص المادة ١٤٧ من القانون المدنى الجديد على خلاف القانون المدنى القديم حيث لم يكن به مثل هذا النص .

(١) للمزيد من التفصيل فى هذا الشأن :
د / يوسف قاسم — نظرية الضرورة ص ٨٤ ومابعدها .
السيد صبرى — القانون الادارى ص ١٩٠ — ١٩١ .

(٢) د / ابراهيم زكى أخنوخ — حالة الضرورة فى قانون العقوبات ص ٩ — ١٠ .

(٣) أستاذنا الدكتور أحمد كمال أبو المجد — الرقابة على أعمال الادارة العامة ص ٧٩ ومابعدها .
=

والواقعيـــــــــة الى وضع أصول وضوابط لنظرية الظروف الاستثنائيـة الأمر الذى فتح مجالا واسعا أمام شراح ذلك القانون لتطوير هـــذه النظرية وضبطها . فقد استقرت أحكام المجلس منذ أوائل العقد الأول من القرن العشرين على أنه فى حالة طروء ظروف قهرية طارئة علـــى حياة الدولة لم يسبق للمشرع توقعها أو تبين منها قصور توقعات النصوص عن مواجهة هذه الظروف ، فيجب تفسير قواعد الشرعية المقررة فى الظروف العادية تفسيرا واسعا يخول الادارة سلطات العمل السريع الحاســم الذى تتطلبه مواجهة هذه الظروف الطارئة ، وتقتضيه واجبات الادارة فى صيانة أمن وسلامة واستقرار الدولة وانتظام سير المرافق العامة بها .

وترتيبا على ذلك فقد رفض مجلس الدولة الفرنسى كثيرا مـــن الدعاوى التى طعن أصحاب الشأن فيها بعدم مشروعية أعمال الادارة التى اتخذتها فى مواجهتهم فى ظل الظروف الطارئة ، رغم ثبوت مخالفة هذه

= يرجع غالبية شراح القانون العام نظرية الظروف الاستثنائية الى مجلس الدولة الفرنسى باعتباره مبتدعها وصاحبها ، ولكن الحقيقة أن دور مجلس الدولة الفرنسى يقتصر على ابراز النظرية وتسليط الضوء عليها فى مجال القانون العام . ذلك أن الشريعة الاسلامية كان لها فضل السبق — كما سبق أن أشرنا — فى تحرير هذه النظرية وضبط أصولها وبيان شروط تطبيقها والنتائج المترتبة عليها . وهو الأمـر الذى أكده معنا كثير من الشراح المصريين . انظر :

د . ابراهيم درويش : نظرية الظروف الاستثنائية — مقال منشور بمجلة ادارة القضايا الحكومة . السنة العاشرة — العدد الرابع — اكتوبـر سنة ١٩٦٦م ص ١٤٠ .

د / عبدالله مرسى مسعد — سيادة القانون بين الشريعة الاسلامية والشرائع الوضعية — رسالة دكتوراه ص ٢٣٣ ، ٢٥٢ ومابعدها .

أحمد وهبة : القرار الجمهورى بقانون ص ٢٦ .

د . سعيد عبدالمنعم الحكيم : رسالة الدكتوراه السابق الاشارة اليها ص ١٤٩ .

الأعمال للضوابط القانونية المقررة فى الظروف العادية [1] . على أن نظرية الظروف الاستثنائية لم تظهر فى أحكام مجلس الدولة الفرنسى دفعة واحدة ، بل مرت بأدوار ومراحل كان بدايتها خلال الحرب العالمية الأولى ، اذ لم يكن المشرع الفرنسى قد وضع نصوصا خاصة لتنظيم سلطة الحكومة فى حالة الحرب [2] . كما أن البرلمان الفرنسى رفض فى السنوات الأولى للحرب الأخذ بسياسة التفويض التشريعى ، فلم يمنح الحكومة سلطة اصدار مراسيم تكون لها قوة القانون تخولها وقف أو الغاء أو تعديل النصوص القائمة لمواجهة ظروف الحرب [3] . فاضطرت الحكومة الفرنسية الى أن تصدر من تلقاء نفسها جملة مراسيم

---

(١) د . طعيمة الجرف : مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون ص ١٧٣ .

(٢) راجع : د . طعيمة الجرف : المرجع السابق ص ١٤٢ حيث يشير الى أن مفهوم الديمقراطية فى فرنسا لم يحتمل التسليم بأن يساس الشعب على غير مقتضى الدستور والقانون ، أيا كانت الدوافع ومهما كانت الظروف . وترتيبا على ذلك فان مجموعة الدساتير الفرنسية المتعاقبة بعد ثورة ١٧٨٩م وحتى الآن جاءت خالية من أى نص يخول للسلطة التنفيذية وبحجة الظروف الاستثنائية أن تخرج على القانون أو أن تشرع بدلا من البرلمان .

(٣)
- Michel Mouskéli : " La loi et le règlement " . Le Caire . 1943 . p : 167 - 168 .

Esmein " Eléments de droit constitutionnel 8° éd. Revue par Henry Nézard . Paris . 1927 . Tome : II . p : 98 . 108 .

حيث يشير الى أن البرلمان الفرنسى عدل بعد ذلك عن موقفه عندما ازدادت الحالة سوءا أثناء هذه الحرب ففوض الحكومة فى ١٠ فبراير سنة ١٩١٨م فى اتخاذ مايلزم لضمان الدفاع القومى وحماية التموين من التلاعب ولتأمين الانتاج والصناعة وتداول النقد وتنظيم حيازة أو استهلاك الحاصلات الغذائية .

لائحية عطلت بها بعض القوانين ، بأن أوقفت العمل ببعض هذه القوانين وعدلت البعض الآخر [١] ، وتدخل مجلس الدولة الفرنسي من خلال المنازعات التي عرضت عليه بصدد تطبيق الحكومة لهذه المراسيم اللائحية التي أصدرتها بمناسبة ظروف الحرب ، فقررت شرعية هذه المراسيم ، وذلك على الرغم من ثبوت مخالفتها لقواعد المشروعية القائمة والمقررة في الظروف العادية [٢] . وقد أدى تدخل مجلس

---

(١) انظر في - Esmein : op.cit. Tome : II . p : 99 . -
حيث يعرض لبعض الأمثلة التي قامت فيها الحكومة الفرنسية خلال الحرب العالمية الثانية باصدار مراسم لائحية من تلقاء نفسها أوقف العمل بمقتضاها ببعض القوانين ، ومما ذكره في هذا الصدد :
- المرسوم الصادر في ١٩١٤/٩/١٠م والذي أوقف العمل بالمادة ٦٥ من التشريع المالي الصادر في ١٩٠٥/٤/٢٢م والتي كانت تقتضي بحق كل موظف في الاطلاع على ملف خدمته قبل توقيع أي جزاء تأديبي عليه .
- المرسوم الصادر في ١٩١٤/٩/٩م الذي أوقف العمل بالمادة ١٣ من القانون الصادر عام ١٨٣٤م الخاصة بعودة الضباط للخدمة بشرط أخذ موافقة مجلس التحقيق .

(٢) - Esmein : Tome II . op.cit. p : 98 .
ونذكر من بين أحكام مجلس الدولة الفرنسي الرائدة في هذا المجال :
أ - ما قرره بتاريخ ١٩١٥/٧/٣٠م في قضية Général de devision من أنه لا وجه للنعي بعدم مشروعية القرار الذي اتخذته الحكومة باحالة المدعي الجنرال " Verrier " الى الاستيداع طبقا للمرسوم الصادر في ١٩١٤/٨/١٥م والذي عدلت به الحكومة المادة الأولى من قانون ١٩١٢/٢/١٦م الخاص باجراءات احالة الضباط في القوات العسكرية الى الاستيداع . وذلك على أساس أن ظروف الحرب قد جعلت من المستحيل استيفاء الاجراءات المقررة بالقانون للاحالة الى الاستيداع ، فضلا عما توجبه هذه

الدولة الفرنسى خلال الحرب العالمية الأولى على النحو المشار اليـــه الى تأسيس نظرية " سلطات الحرب " والتمهيد لقيامها فى فقه القانون العام الفرنسى كاحدى تطبيقات النظرية العامة للظروف الاستثنائية (١).
وتقضى نظرية " سلطات الحرب " بتوسيع سلطات الحكومة فى ظـــروف الحرب على غير ما تقضى به القواعد المقررة لمبدأ الشرعية فى الظـــروف العادية ، على نحو يسمح لها بمواجهة الظروف القهرية الطارئة الــتى

الظروف من ضرورة التخلص من الضباط الذين تقرر الحكومة عـــدم صلاحيتهم لمقتضيات الدفاع القومى . وهو الأمر الذى يجعـــل قيام الحكومة بتعديل أحكام هذا القانون بمرسوم ١٥/٨/١٩١٤م عملا مشروعا . (انظر هذا الحكم فى : مجلة القانون العام - ١٩١٤ ص ٤٧٩).

ب - ما قضى به بتاريخ ٢٨/٢/١٩١٨م فى قضية Heyriès مـــن شرعية المرسوم الذى أصدرته الحكومة بتاريخ ١٠/٩/١٩١٤م وأوقفت به العمل بالمادة ٦٥ من التشريع المالى الصادر فـــى ٢٢/٤/١٩٠٥م طوال مدة الحرب (انظر هذا الحكم فى مجموعة سيرى - ١٩٢٣م - القسم الثالث ص ٤٩ مع تعليق العميـــد موريس هوريو).

(١) يذهب غالبية الشراح الى أن نظرية " سلطات الحرب " ليســت سوى مجرد تطبيق للنظرية العامة للظروف الاستثنائية بمناســبة ظروف الحرب ، وذلك باعتبار أن الحرب ليست الا مثالا للظـــروف الاستثنائية التى قد تتعرض لها الدولة والتى تستلزم منح السلطات العامة حرية أوسع فى مواجهتها . ونظرية الظروف الاستثنائيـــة على هذا النحو تعتبر أوسع نطاقا من نظرية سلطات الحرب لأنهـا تتضمن كل ظرف طارئ أو غير مألوف ، ولا تقتصر على حالة الحرب وحدها . راجع : د. سليمان الطماوى : النظرية العامة للقرارات الادارية ص ١٢١ ، د. طعيمة الجرف : مبدأ المشروعية ص ٧٨.

تنشأ بمناسبة الحرب بهدف صيانة الأمن والنظام العام[1]. وعقب انتهاء الحرب العالمية الأولى لم يقف مجلس الدولة الفرنسى بالنظرية عند ظروف الحرب ، بل مدها أيضا على فترة الشدة التى أعقبت الحرب باعتبارها من آثار الحرب[2] . ولم يكتف بذلك بل وسع فى تطبيقاته للنظرية الى الحد الذى تجاوز به ظروف الحرب وآثارها ، فجعلها تشمل كل أنواع الأزمات والمشاكل المالية والاقتصادية وأحوال الاضطرابات العامة والظروف العصيبة وغيرها من الكوارث المفاجئة التى قد تلم بالدولة فى وقت السلم[3] ، وتهدد صيانة الأمن واستقراره وانتظام سير المرافق العامة ، ولعل من أبرز الأحكام التى قضى بها مجلس الدولة الفرنسى والتى تبين مدى ما وصل اليه قضاؤه فى هذا الشأن ، ما قرره من شرعية امتناع الادارة عن تنفيذ الأحكام القضائية النهائية فى بعض الأحيان[4] ،

(١) د . طعيمة الجرف : مبدأ المشروعية ص ١٧٥ .

(٢) د . سليمان الطماوى : النظرية العامة للقرارات الادارية ص ١١٩ .

(٣) انظر كتابنا : رقابة القضاء على أعمال الادارة العامة ص ٢٦ .

(٤) راجع حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر بتاريخ ١٩٢٣/١١/٣٠م فى قضية Dames Dol et Laurent مجموعة " سيرى " — ١٩٢٣م ، القسم الثالث ص ٥٧ مع تعليق العميد " هوريو " . وتتلخص وقائع هذه القضية فى أن المدعى " كوتيياس " حصل على حكم نهائى من المحاكم الفرنسية يقر بملكيته لمساحة كبيرة من الأراضى فى تونس ، وعندما طلب من الحكومة الفرنسية التدخل لتنفيذ هذا الحكم وطرد الأهالى التونسيين الذين يشغلون هذه الأرض رفضت الحكومة الفرنسية استخدام قوات الاحتلال الفرنسية فى تونس لتنفيذ هذا الحكم ، وتذرعت بحجة سياسية مؤداها أن تدخلا على هذا النحو من جانبها سيؤدى الى نشوء اضطرابات خطيرة من جانب الأهالى التونسيين الذين يعتقدون أنهم ملاك هذه الأرض منذ زمن سحيق . وقد اقتنع مجلس الدولة الفرنسى بوجهة نظر الادارة وقضى بمشروعية امتناعها عن تنفيذ الحكم المشار اليه ، نظرا لما يؤدى اليه طرد الأهالى التونسيين المقيمين على هذه الأرض من تهديد خطير بالثورة فى جنوب تونس .

أو تأجيل تنفيذها [1] ، بسبب الظروف الاستثنائية التى تحيط بتنفيذها أو بالمبادرة الى تنفيذها ، وما قد يؤدى اليه من اضطرابات أو فتن داخلية تهدد المحافظة على النظام العام [2]. ومع بداية الحرب العالمية الثانية تأكدت نظرية الظروف الاستثنائية فى أحكام مجلس الدولة الفرنسى ، كما استقرت فى فقه القانون العام الوضعى باعتبارها

---

(١) راجع حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر بتاريخ ١٩٣٨/٦/٣م فى قضية شركة ورق ومطبوعات سان شارل . وتتلخص وقائع هذه القضية فى أن عمال هذه الشركة أضربوا عن العمل واحتلوا منشآت الشركة ابتداء من ٣ يوليو سنة ١٩٣٦م ، فلجأت الشركة الى مدير مقاطعة " ليبوش دى رون " التى تقع الشركة فى دائرتها ، والى وزير الداخلية دون جدوى . ثم حصلت الشركة فى ١٩٣٦/٧/٢٨ على حكم بطرد المضربين من منشآتها ،مقرونا بالصيغة التنفيذية ، ولكن مدير المقاطعة رفض وضع القوة العامة تحت تصرف المحضر لتنفيذ الحكم ، مقدرا أنه من الأفضل لتجنب الاضطرابات الوصول الى اتفاق مع المضربين ، خاصة وأن المنظمات النقابية والشعب كانوا يؤيدون هذا الاضراب . وعلى ذلك فلم يتم اخلاء المصنع الا بعد ثلاثة شهور أى فى أواخر سبتمبر سنة ١٩٣٦م . فرفعت الشركة دعوى أمام مجلس الدولة بالتعويض عن الأضرار التى لحقتها فقضى المجلس بمشروعية امتناع الادارة عن التدخل لتنفيذ هذا الحكم على أساس الظروف الاستثنائية التى أملت ذلك على الادارة ، وما قد يؤدى اليه طرد العمال من تهديد خطير للأمن العام .

(٢) ويلاحظ أن المقصود بالمحافظة على النظام العام فى هذا الصدد هو النظام العام بالمعنى الضيق أى بمعنى المحافظة على النظام العام فى الشارع L'ordre de la rue فلا شأن له بأى فكرة اجتماعية أو انسانية عن النظام العام . (راجع : د . سعاد الشرقاوى : المسئولية الادارية ص ١٢٥).

احدى موازنات تطبيق مبدأ المشروعية (١).

المبحث الثالث

نشأة نظرية الضرورة فى القانون والقضاء المصرى

١ - الضرورة فى ظل دستور ١٩٢٣ :

أما فى مصر فانه لم يرد فى القوانين المختلطة أو الأهلية أى نصوص تتعلق بنظرية الضرورة . ولما صدر دستور ١٩٢٣ نص على بعض حالات الضرورة ، منها ما نصت عليه المادة ١٥ من هذا الدستور التى أجازت تعطيل الصحف اداريا فى حالة وجود خطر يهدد النظام الاجتماعى ، ومنها ما ورد فى المادة ٤١ من هذا الدستور التى نصت على أنه : "اذا حدث فيما بين أدوار انعقاد البرلمان ما يوجب الاسراع الى أتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير فللملك أن يصدر فى شأنها مراسيم لها قوة القانون بشرط ألا تكون مخالفة للدستور . ويجب دعوة البرلمان الى اجتماع غير عادى وعرض هذه المراسيم عليه فى أول اجتماع له . فاذا لم تعرض أو لم يقرها أحد المجلسين زال ما كان لها من قوة القانون" ومن ثم فان المادة المشار اليها أجازت للملك أن يصدر مراسيم لها قوة القانون مع أن المراسيم أدنى من حيث القيمة من

(١) وللمزيد من التفصيل فى هذا الشأن :
أستاذنا الدكتور أحمد كمال أبو المجد - رقابة القضاء على أعمال الادارة العامة ص ٧٩ ومابعدها .
د / طعيمة الجرف - القانون الادارى ص ٥٠٤ ومابعدها .
مؤلفنا رقابة القضاء على أعمال الادارة العامة ص٢٦ ومابعدها .

القانون وبالتالى فانه فى الظروف العادية لا يجوز للمراسيم أن تعدل أو تلغى قانون الا أن ذلك أجيز للضرورة [١] .

ومن نص المادة ٤١ نتبين أن المشرع الدستورى اعتبر حالة الضرورة السابقة حالة سياسية لا تبرر عمل الحكومة أمام البرلمان الا اذا اقتنع بقيامها . كما أن استخدام الملك لهذه الرخصة قيده المشرع بضوابط محددة هى :

١ ـ أنه لا يجوز استخدام هذه الرخصة الا فى الفترات بين أدوار انعقاد البرلمان ومن ثم لا يجوز استخدام هذه الرخصة فى فترة الحل أو التأجيل .

٢ ـ كما أن استخدام هذه الرخصة يتطلب أن تتحقق حالة من حالات الضرورة توجب اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير .

٣ ـ لا يجوز أن تخالف المراسيم التى يصدرها الملك فى هذه الحالة أحكام الدستور وانما يتعين أن تكون فى حدوده غير أن هذه المراسيم يمكن أن تعدل من القوانين العادية أو تأتى بأحكام مخالفة لها .

٤ ـ يتعين دعوة البرلمان الى اجتماع غير عادى وتعرض عليه المراسيم فى أول اجتماع له ، فاذا لم تعرض أو عرضت ولم يقرها أحد المجلسين زال مالها من قوة قانونية [٢] .

غير أن أظهر حالات الضرورة هى ما نص عليه فى المادة ١٥٥ والمادة ٤٥ من دستور ١٩٢٣م .

---

(١) د . وحيد رأفت ـ القانون الادارى ص ١٩٨ ـ ١٩٩ .
(٢) السيد صبرى ـ المصدر السابق ص ١٩٩ .
د . يوسف قاسم ـ نظرية الضرورة ص ٦٥٠ .

فالمادة ١٥٥ تنص على أنه : " لا يجوز لأية حالة تعطيل حكم من أحكام هذا الدستور الا أن يكون ذلك وقتيا فى زمن الحرب أو أثناء قيام الأحكام الوقتية على الوجه المبين فى القانون .

فى حين أن المادة الثانية رخصت للملك اعلان الأحكام العرفية حيث نصت على أن " الملك يعلن الأحكام العرفية ويجب أن يعرض اعلان الأحكام العرفية فورا على البرلمان ليقرر استمرارها أو الغاءها فاذا وقع ذلك الاعلان فى غير دور الانعقاد وجب دعوة البرلمان للاجتماع على وجه السرعة ".

وترتيبا على ذلك فان دستور ١٩٢٣م أقر الضرورة فى نطاق القانون الدستورى فى حالتين الأولى وهى حالة الحرب ، والثانية أثناء قيام الأحكام العرفية ، وقد درج اصطلاح الأحكام العرفية على حالات الضرورة التى تستوجب الخروج على الشرعية العادية وتتحقق فى حالات عديدة كاضطراب الأمن أو تفشى أوبئة خطيرة أو الفتن الطائفية فضلا عن حالة الحرب أو التهديد بها (١).

وقد فرق دستور ١٩٢٣ فيما يتعلق باعلان حالة الأحكام العرفية بين حالتين :

الأولى : اذا كان البرلمان منعقدا فاعلان الأحكام العرفية يجب أن يعرض عليه فورا أى بمجرد صدوره .

الثانية : اذا لم يكن البرلمان منعقدا فيجب دعوة البرلمان على وجه السرعة وقد أخذ على نص المادة ٤٥ التى خولت للملك سلطة اعلان الأحكام العرفية المآخذ الآتية :

١ - أن المشرع لم يكتف بمنح هذه السلطة للملك فى حالة غيبة

---

(١) توفيق شحاته - القانون الادارى ص ٣٧٠ - ٣٧١ .

البرلمان بل أجاز ذلك أيضا حال انعقاده، وهو أمر يخالف ما درجت عليه معظم الدساتير الحديثة من قصر ممارسة السلطة التنفيذية للاجراءات الاستثنائية فى حالة غيبة البرلمان ، لما ينطوى عليه استخدام هذه السلطة من تقييد للحريات العامة واحتمال اساءة استخدام السلطة التنفيذية لهذا الاختصاص الذى منحه لها الدستور .

٢ — أن منح هذه الرخصة للسلطة التنفيذية لا يمثل فقط اعتداء على السلطة التشريعية وانما يمكن أيضا أن يسىء الى وضع رئيس الدولة — الملك — فيما لو اجتمع البرلمان ولم يوافق على اعلان الأحكام العرفية .

٣ — ان المادة ٤٥ لم تقرر اجتماع البرلمان فورا وبقوة القانون فى حالة غيبته واعلان الأحكام العرفية ، وانما جعلت ذلك مرهونا بدعوة السلطة التنفيذية له وهو ما يمكن أن يؤدى الى الاطاحة بحقوق الأفراد وحرياتهم العامة فى حالة تراخى السلطة التنفيذية عن دعوة البرلمان(١)، وكان يتعين أن يعطى المجلس الحق فى الاجتماع بقوة القانون ، وكانت لجنة الثلاثين التى شكلت لوضع مشروع الدستور قد اقترحت أن يتضمن النص دعوة البرلمان فى خلال ثلاثة أيام ولكن اللجنة الحكومية اقتصرت على أن يكون اجتماع المجلس فورا، ولفظ فورا لفظ مطاط وغامض من شأنه أن يتيح للسلطة التنفيذية بأن تتلكأ لحين تنفيذ ما تبتغيه من اجراءات تحت ستار أو ادعاء تستند اليه ، كما

(١) د . محمود حافظ — موجز القانون الدستورى — ط ١٩٥٦ — دار الفكر العربى — ص ٤٢١ ، ٤٢٢ .
السيد صبرى — القانون الدستورى ص ٥٤٧ ، ٥٤٨ .
أنور الأهوانى — مركز رئيس الدولة فى النظام البرلمانى ص ٢٣٤ — ٢٣٥ .
د . أحمد مدحت على — نظرية الظروف الاستثنائية ص٦٨ وما بعدها .

فعلت سنة ١٩٣٩م حيث لم تدع الحكومة البرلمان الا بعد شهر من اعلان الأحكام العرفية (١).

ولما كان يترتب على اعلان الأحكام العرفية تطبيق القواعد الاستثنائية التى تنظم حالاتها لذلك صدر القانون رقم ١٥ فى ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣م وقد أدخلت تعديلات كثيرة على هذا القانون الى أن استبدل بالقانون رقم ٥٣٣ فى ١٠ من أكتوبر سنة ١٩٥٤م بعد حركة الجيش المصرى فى ٢٣ يوليو ١٩٥٢م.

الضرورة فى ظل دستورى ١٩٥٦ ، ١٩٦٤م :

نصت المادة ١٤٤ من دستور ١٩٥٦م على أن "يعلن رئيس الجمهورية حالة الطوارىء على الوجه المبين بالقانون ، ويجب عرض هذا الاعلان على مجلس الأمة خلال الخمسة عشر يوما التالية له ليقرر ما يراه فى شأنه ، فاذا كان مجلس الأمة منحلا عرض الأمر على المجلس الجديد فى أول اجتماع له ".

أما دستور ١٩٦٤ فقد قرر هذا الحق لرئيس الجمهورية الا أنه أطال من المدة التى يجب على السلطة التنفيذية أن تعرض حالة الطوارىء على مجلس الأمة فجعلها ثلاثين يوما بدلا من خمسة عشر يوما وعلى ذلك نصت المادة ١٢٦ على أن "يعلن رئيس الجمهورية حالة الطوارىء على الوجه المبين بالقانون ، ويجب عرض هذا الاعلان على مجلس الأمة خلال الثلاثين يوما التالية ليقرر ما يراه بشأنه فاذا كان مجلس الأمة منحلا عرض الأمر على المجلس الجديد فى أول اجتماع له ".

---

(١) أنور الأهوانى - المصدر السابق ص ٢٣٦ .
د . محمود حافظ - موجز القانون الدستورى ص ٤٢٢ .

ويؤخذ على هذين النصين الانتقادات الآتية :

١ ـ ان سلطة رئيس الجمهورية فى اعلان حالة الطوارئ يمكن ممارستـه فى ظل الدستورين (١٩٥٦ ، ١٩٦٤) سواء فى حالة وجود المجلس أو عدم وجوده ومن ثم أبقى على الوضع الذى كان سائدا فى ظل دستور ١٩٢٣ مع ما وجه اليه من نقد سبق الاشارة اليه .

٢ ـ كما أن الدستورين لم يحددا الأسباب التى تعطى لرئيـس الجمهورية هذه السلطة وانما أحالا فى تحديدها للقانون وكان مـن الأوفق أن يتضمن الدستور الأسباب التى تخول لرئيس الجمهورية سلطة اعلان الطوارئ ويلاحظ أن المادة ١٨٨ من دستور ١٩٢٣ حتمت أن تكون موافقة مجلس الأمة على قوانين الطوارئ بأغلبية الثلثين .

٣ ـ قررت المادة ١٤٤ من دستور ١٩٥٦ أن يعرض على المجلـس اعلان حالة الطوارئ فى خلال خمسة عشر يوما وهذا النص وان كـان يفضل ما قررته المادة ٤٥ من دستور ١٩٢٣ الا أن مدة الخمسـة عشر يوما طويلة نسبيا لا سيما وأن حالة الطوارئ تخول للسلطة التنفيذيـة عدم الالتزام بالقانون مع عدم توفر الضمانات الدستورية للافراد فى هذه الحالة وهو ما يمكن أن يؤدى الى عواقب وخيمة لذلك كان من الأفضـل أن ينص على اجتماع مجلس الأمة فورا أو خلال مدة وجيزة لا تتجـاوز ثلاثة أيام .

أما نص المادة ١٢٦ من دستور سنة ١٩٥٦م الذى أطال هذه المدة الى ثلاثين يوما وهو أمر خطير من شأنه أن يعطى للسلطـة التنفيذية المدة الكافية فى تنفيذ اعتداءاتها على حقوق الأفراد وحرياتهم ومن ثم فهذا النص أكثر عيبا من المادة ١٤٤ من دستور ١٩٥٦ م .

٤ ـ أن النصين أعطيا السلطة التنفيذية فى حالة حل مجلس الأمـة

ارجاء عرض اعلان حالة الطوارئ الى حين انتخاب مجلس أمة جديد وكان من الأفضل أن ينص على اجتماع المجلس المنحل فورا وخلال مدة محددة في حالة اعلان الطوارئ والمجلس منحلا .

٥ - أن الدستورين أغفلا ضمانة جوهرية حرص دستور ١٩٢٣ ، دستور ١٩٣٠ على كفالتها وهى ألا يمس اعلان حالة الطوارئ باستمرار انعقاد البرلمان حتى يظل المجلس وهو ممثل الأمة رقيبا على السلطة التنفيذية ذلك أن رقابة البرلمان كما يقرر جانب من الفقه تعتبر : "الحصن الحصين والسياج المنيع لهذه الحقوق والحريات "(1).

وقد نظم القانون رقم ٥٣٣ لسنة ١٩٥٤ بشأن الأحكام العرفية الأحكام الخاصة بها حيث نص على الأسباب التى تفضى الى اعلانها وحددها فى ثلاث حالات هى، كلما تعرض الأمن أو النظام فى الأراضى المصرية أو فى جهة منها للخطر بسبب اغارة قوات العدو من الخارج ، أو بسبب وقوع اضطرابات فى الداخل ، كما يجوز اعلان الأحكام العرفية لتأمين سلامة الجيوش المصرية وضمان تموينها وحماية طرق المواصلات وغير ذلك مما يتعلق بحركاتها وأعمالها العسكرية خارج جمهورية مصر .

وفضلا عن تحديد حالات الضرورة بالحالات الثلاثة السابقة فان القانون المشار اليه اشترط الى جانب ضرورة صدورها بمرسوم والغائها بمرسوم ، الشروط الآتية :

١ - بيان الحالة التى أعلنت بسببها الأحكام العرفية .

٢ - تحديد الجهة التى تجرى فيها الأحكام العرفية .

---

(1) د . محمود حافظ - موجز القانون الدستورى ص ٤٣٨ - ٤٣٩ .
د . أحمد مدحت على - المصدر السابق ص ٦٩ ومابعدها .

٣ - التاريخ الذى يبدأ فيه نفاذ هذه الأحكام .

٤ - تعيين من يقلد السلطات الاستثنائية المنصوص عليها فى هـذا القانـون .

وباعلان الأحكام العرفية تنتقل معظم اختصاصات السلطة التنفيذية الى الحاكم العسكرى ومندوبيه ، فضلا عما تبيحه الضـرورة للحاكم العسكرى من سلطات استثنائية واسعة والتى لا نظير لها فـى الظروف العادية ، كما تتولى فى ظل هذه الظروف المحاكم العسكرية البت فى الأفعال المخالفة لأحكام الحالة العرفية وغالبا ما تكون أحـكام هذه المحاكم نهائية غير قابلة للطعن بعد التصديق عليها من الحاكم العسكرى ، والحاكم العسكرى يملك على هذه الأحكام سلطات واسعة حيث يملك حفظ الدعوى قبل رفعها ، أو يخفف من العقوبة بعد الحكم ، أو يستبدل بها عقوبة أقل ، أو يوقف تنفيذها كما يحق له الغاء الحكم واحالة المخالف الى محكمة أخرى أو حفظ الدعوى أو اذا صدر الحكـم بالبراءة فيتعين التصديق عليه بخلاف الحكم بالادانة على النحو المشار اليه وحتى اذا ما صدق على الحكم فانه يملك الرجوع فيه أو تخفيفـه الى غير ذلك مما أشرنا اليه (١) .

وتجدر الملاحظة أنه قد حل القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨م محل القانون رقم ٥٣٣ لسنة ١٩٥٤ الذى رخص لرئيس الجمهورية سلطة اعلان حالة الطوارئ كلما تعرض الأمن أو النظام العام فى أراضـى الجمهورية أو فى أى منطقة منها للخطر بسبب وقوع حرب ، أو قيـام تهديد بوقوعها ، أو حدوث اضطرابات فى الداخل أو كوارث عامـة

---

(١) توفيق شحاته - المصدر السابق ص ٣٧٢ - ٣٧٤ .

أو انتشار وباء ، كما رخص هذا القانون لرئيس الجمهورية فى استخدام سلطات استثنائية واسعة تحتوى على كثير من القيود على حريات الأفراد ومن القوانين الاستثنائية أيضا القرار بقانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٦٠م بشأن التعبئة العامة[1] .

نظرية الضرورة فى ظل دستور ١٩٧١م :

أما دستور ١٩٧١ فقد نصت المادة ١٤٨ منه على أن :

" يعلن رئيس الجمهورية حالة الطوارئ على الوجه المبين فى القانون ويجب عرض هذا الاعلان على مجلس الشعب خلال الخمسة عشر يوما التالية ليقرر ما يراه بشأنه . واذا كان مجلس الشعب منحلا يعرض الأمر على المجلس الجديد فى أول اجتماع له ، وفى جميع الاحوال يكون اعلان حالة الطوارئ لمدة محدودة ، ولا يجوز مدها الا بموافقة مجلس الشعب " .

ويلاحظ أن دستور ١٩٧١م قد احتفظ بالوضع الذى كان سائدا فى ظل الدساتير السابقة عليه فى جواز اعلان حالة الطوارئ وفى اجازة استعمال هذه السلطة مع وجود المجلس النيابى ، وفى عدم تحديد الأسباب التى ترخص للسلطة التنفيذية ممارسة هذا الحق وفى ارجاء عرض قرار اعلان حالة الطوارئ فى حالة حل المجلس الى حين انتخاب مجلس نيابى جديد ، الا أن دستور ١٩٧١م عاد وقصر من المدة التى يجب أن تعرض السلطة التنفيذية قرار الطوارئ على مجلس الشعب الى الوضع الذى كان فى دستور ١٩٥٦ (خلال خمسة عشر يوما) .

---

(١) د . أحمد مدحت على — نظرية الظروف الاستثنائية ص ٣٦ .

ونرى أن دستور ١٩٧١ أكد الضمانة التى غابت عن واضعى دستور ١٩٥٦م ودستور ١٩٦٤م وهى عدم مساس حالة الطوارئ بحالة انعقاد البرلمان لأن المشرع أوجب على السلطة التنفيذية أن يكون قرار اعلان حالة الطوارئ محدودا بمدة معينة لا يجوز لها أن تتعداها الا بموافقة مجلس الشعب ، ولو أعطى السلطة التنفيذية حق تعطيل المجلس لكان تقييد سلطة رئيس الدولة فى هذا الصدد حبرا على ورق ولاستطاعت السلطة التنفيذية أن تمد حالة الطوارئ الى الحالة التى تراها كافية فى نظرها لتنفيذ ما تراه حتى ولو كان ذلك مخالفا للقانون وذلك بتعطيل المجلس .

كما أن المادة ١٤٧ من دستور ١٩٧١م خولت لرئيس الجمهورية اصدار لوائح الضرورة فى حالة غيبة مجلس الشعب حيث نصت هذه المادة على أنه : "اذا حدث فى غيبة مجلس الشعب ما يوجب الاسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر فى شأنها قرارات تكون لها قوة القانون .

ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدورها اذا كان المجلس قائما ، وتعرض فى أول اجتماع له فى حالة الحل أو وقف جلساته ، فاذا لم تعرض زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون دون حاجة الى اصدار قرار بذلك ، واذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون . الا اذا رأى مجلس الشعب اعتماد نفاذها فى الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر ".

وعلى ذلك فان نص المادة ١٤٧ أعطى لرئيس الدولة فى حالة غيبة المجلس التى تتحقق فى حالات عديدة وهى الفترات ما بين

أدوار الانعقاد ، أو وقف الجلسات اذا كان المجلس قائما ، وفي فترة الحل اذا لم يكن المجلس قائما ، كما أن هذه المادة لم ترخص باستخدام هذه السلطة الا اذا حدث ما يوجب الاسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير ، ويتعين عرض القرارات خلال خمسة عشر يوما على البرلمان اذا كان قائما أو في أول اجتماع له اذا كان منحلا أو كانت جلساته موقوفة ، والا زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون وذلك دون حاجة الى اصدار قرار بذلك .

أما اذا عرضت ولم يقرها المجلس فانه يزول وبأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون الا اذا اعتمد المجلس نفاذها أو قام بتسوية ما ترتب عليها من آثار .

غير أن واضعي دستور ١٩٧١م لم يكتفوا بالنص التقليدي الذي تضمنته الدساتير المصرية المختلفة والتي تخول رئيس الجمهورية أن يصدر في الظروف الاستثنائية التي تحدث بين أدوار انعقاد الهيئة التشريعية قرارات لها قوة القانون وانما أضافوا نصا جديدا ليس له سوابق في الدساتير المشار اليها يعطي لرئيس الجمهورية أن يصدر في أوقات الأزمات وأثناء انعقاد مجلس الشعب قرارات بقوانين وهذا النص هو المادة ٧٤ من الدستور التي نص على أن " لرئيس الجمهورية اذا قام خطر يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستوري أن يتخذ الاجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر ، ويوجه بيانا الى الشعب ، ويجرى الاستفتاء على ما اتخذه من اجراءات خلال ستين يوما من اتخاذها " .

ويرى جانب من الفقه أن المشرع في مصر قد استوحى

المادة ٧٤ من المادة ١٦ من الدستور الفرنسى الصادر ١٩٥٨ ،حيث تضمنت بعض أحكامها (١).

وحتى يتسنى لنا الرقوف على ما جاءت به المادة ٧٤ من دستور ١٩٧١ ، والملاحظات التى وجهت لها فانه يتعين علينا استعراض ما جاءت به المادة ١٦ من دستور فرنسا ، ثم نبين بعد ذلك الملاحظات التى أبداها الفقه على المادة ٧٤ من دستور جمهورية مصر العربية .

ولما كانت اعمال ما تقتضيه الضرورة ليس قاصرا على الوسائل والحالات المنصوص عليها فى ٧٤ من دستور جمهورية مصر فقد خولنا المادة ١٤٧ ، ١٤٨ من ذات الدستور لرئيس الجمهورية سلطات ووسائل أخرى غير تلك الواردة فى المادة ٧٤ مما يقتضى الاشارة اليها . وفيما يلى تفصيل ذلك :

سلطة رئيس الجمهورية الفرنسية بمقتضى المادة ١٦ من دستور فرنسا :

ترتبط المادة ١٦ من دستور فرنسا بالمادة الخامسة من ذات الدستور حيث قضت المادة الأخيرة بأن " يسهر رئيس الجمهورية على احترام الدستور . وهو يضمن ، باعتباره حكما ، السير المنتظم للسلطات العامة واستمرار بقاء الدولة ، وهو الضمان للاستقلال الوطنى ، وعدم المساس باقليم الدولة ، واحترام اتفاقيات مجموعة الدول الفرنسية والمعاهدات ".

---

(١) د . يحى الجمل — نظرية الضرورة فى القانون الدستورى ص١٨٢ ومابعدها . — د . أحمد مدحت على — نظرية الاستثنائية ص٧٣ .
— د . محمود سامى جمال الدين — لوائح الضرورة ص١١٤ ومابعدها .
— د . محمد شرف اسماعيل — سلطات الضبط الادارى فى الظروف الاستثنائية رسالة مقدمة الى كلية الحقوق جامعة عين شمس عام ١٩٧٩ ص ١٦٤ ومابعدها .

فهذه المادة تفرض على رئيس الجمهورية الفرنسية السهر على احترام الدستور ، كما أنه باعتباره حكما عليه أن يضمن السير المنتظم للمؤسسات الدستورية العامة واستمرار بقاء الدولة ، كما أن عليه أن يضمن بقاء الدولة واستقلال الوطن وعدم المساس باقليم الدولة ويكفل احترام اتفاقيات مجموعة الدول الفرنسية والمعاهدات .

وقد خول ذات الدستور لرئيس الجمهورية وسائل واجراءات استثنائية فى أوقات الأزمات الخاصة لكفالة ذلك كله ، لهذا جاءت المادة ١٦ لكى تضمن لرئيس الجمهورية كفالة الواجبات التى ألقيت على عاتقه بمقتضى المادة (٥) المشار اليها . لذلك تنص المادة ١٦ على :

Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'integrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une maniére grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interompu, le président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances aprés consultation officielle du Premier Ministe, des présidents des Assemblées ainsi que du conseil constitutionnel.

Il eninforme La Nation par un mesage.

Ces mesures doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux

بمعنى أنه " اذا أصبحت أنظمة الجمهورية أو استقلال الأمة أو سلامة أراضيها ، أو تنفيذ تعهداتها الدولية مهددة بخطر جسيم وحال ، ونشأ عن ذلك انقطاع السلطات العامة الدستورية عن مباشرة مهامها كالمعتاد ، يتخذ رئيس الجمهورية الاجراءات التى تقتضيها هذه الظروف بعد التشاور مع الوزير الأول (رئيس الوزراء) ورؤساء المجالس والمجلس الدستورى بصفة رسمية . ويخطر الشعب برسالة ويجب أن يكون الغرض من هذه الاجراءات هو تمكين السلطات الدستورية العامة من القيام بمهامها فى أقرب وقت ممكن . ويستشار

المجلس الدستورى فيما يختص بهذه الاجراءات ويجتمع البرلمان بقوة القانون • ولا يجوز حل الجمعية الوطنية أثناء ممارسة هذه السلطات الاستثنائية "•

نتبين من نص المادة ١٦ سالفة الذكر أنها خولت لرئيس الجمهورية سلطات استثنائية واسعة لذلك كانت هذه المادة محل جدل كبير فى الفقه الفرنسى وأثارت الكثير من الأبحاث والمناقشات الفقهية (١) •

غير أن هذه المادة وان سوغت لرئيس الجمهورية سلطات استثنائية واسعة لمجابهة الحالات الواردة فيها الا أنها وضعت قيودا دستورية لممارسة هذه السلطات ، وهى قيود موضوعية ، وأخرى شكلية ، كما أن هذه المادة تضمنت العديد من الضمانات التى تكفل اعمال هذه المادة فى نطاق الغرض الذى شرعت من أجله ، وذلك على النحو التالى :

القيود الموضوعية لاعمال المادة ١٦ :

مجمل هذه القيود هى :

١ - أن يكون هناك تهديد جسيم ومباشر على المؤسسات الدستورية للدولة ، أو استقلال الأمة ، أو سلامة أراضيها ، أو تنفيذ معاهدة دولية ، ويتحقق ذلك بوجود خطر جسيم وحال يهدد أحد هذه الموضوعات •

ومعنى ذلك أن مجرد الخطر لا يكفى لاعمال هذه المادة ، واصدار لوائح الأزمات الخاصة ترتيبا عليها ، وانما يشترط أن يتوفر فى الخطر الشروط الآتية :

---

(١) د • سامى جمال الدين - المصدر السابق ص ١١٣ •

أ — أن يكون هناك خطر جسيم لا يتسنى مواجهته بالوسائل العادية .

ولم تحدد المادة ١٦ معيار جسامة الخطأ ، ومن ثم فان البعض يرى أن هذا الخطر يخرج عن اطار المخاطر المعتادة المتوقعة ومن ثم فان الأخطار المألوفة أو المعتادة لا تعد خطرا جسيما يسوغ اعمال هذه المادة ، ومما يوضح درجة جسامة الخطر أهمية الموضوعات التى عددتها المادة على سبيل الحصر والتى يقع عليها الخطر . فضلا عن أن هذا الخطر يجب أن لا يتسنى درءه بالوسائل العادية وانما يتعين استحالة الاستعانة بالوسائل العادية التى تختص بها السلطات العامة فى الدولة فى ظل المشروعية العادية وهو مايبرز جسامة الخطر الذى يتهدد الدولة .

٢ — أن يكون الخطر حالا وواقعا .

والخطر الحال هو الخطر الذى بدأ أو على وشك الوقوع ولم ينته بعد ، أما الخطر المحتمل أو المتوهم أو الخطر المستقبل أو التصورى لا يسوغ اعمال المادة ١٦ ، كما أن الخطر الذى بدأ وانتهى لا يبرر أيضا اللجوء لاعمالها .

٣ — أن يترتب على هذا الخطر انقطاع السير المنتظم للسلطات الدستورية العامة أو واحدة منها فلا يشترط انقطاع جميع المؤسسات الدستورية العامة .

والسلطات الدستورية العامة وفقا لما انتهى اليه رأى مجلس الدولة الفرنسى هى السلطات التى بينها الدستور ، وهى رئيس الجمهورية والحكومة ، والبرلمان ، والسلطات القضائية ، أما المجلس الدستورى ، والمجلس الاقتصادى والاجتماعى وان كانا من ضمن السلطات الدستورية الا أنهما ليسا من السلطات العامة .

٤ – أن يقع الخطر على أحد الموضوعات الواردة في المادة ١٦ ، وهى : مؤسسات الجمهورية ، استقلال الأمة ، سلامة أراضيهـــا ، تعهداتها الدولية[1] .

القيود الشكلية لاعمال المادة ١٦ :

يتعين على رئيس الجمهورية قبل اعمال المادة ١٦ المشار اليها أن يراعى القيود الشكلية التى أوجبتها هذه المادة وهى :

١ – قبل أن يقرر رئيس الجمهورية تطبيق المادة ١٦ عليه أن يستشير رئيس الوزراء ، ورئيس مجلس البرلمان ، ورئيس المجلس الدستورى . على أنه يلاحظ أن رأى هذه الجهات ليس رأيا ملزما ، وانما هو رأى استشارى غير ملزم لرئيس الجمهورية .

على أنه فى بلد كفرنسا لا يمكن التهوين برأى الجهات التى وردت في هذه المادة ، فلا يمكن أن يغامر رئيس الجمهورية بمعارضة آراء هذه الجهات خصوصا وأنها تمثل السلطتين التشريعية والتنفيذية ، غير أنه من الناحية النظرية فان رأى هذه الجهات مجرد رأى استشارى

٢ – يجب اخطار الأمة باعمال المادة ١٦ والاجراءات التى سيقدم رئيس الجمهورية على اتخاذها .

ضمانات اعمال المادة ١٦ من دستور ١٩٥٨ الفرنسى :

اذا كانت المادة ١٦ سالفة الذكر قد أعطت رئيس الجمهورية سلطات واسعة فى الظروف الاستثنائية تسمح له أن يقوم مقام الحكومـــة والبرلمان ، الا أن سلطته فى ظل هذه الظروف ليست سلطة تحكميـــة ،

---

(١) للمزيد من التفصيل : د . سامى جمال الدين – المصدر السابق ص ١١٦ ومابعدها .

ذلك أنه من ناحية لا يجوز أن يمارس هذه السلطات الا لمدة محددة ، كما أنه من ناحية أخرى يجب أن يراعى الغاية التى توخاها المشرع الفرنسى من تخويله هذه السلطات الواسعة ، فضلا عما فرضه المشرع من وسائل لمراقبة رئيس الجمهورية فى ممارسته لهذه السلطات .

وعلى ذلك فانه الى جانب القيود السابقة فانه يجب أن تراعى الضمانات الخاصة باعمال هذه المادة والتى تتحدد فيما يلى :

١ - لا يجوز أن يستخدم رئيس الجمهورية السلطات الاستثنائية التى قررتها المادة ١٦ الا لتوكيد الدستور وتوطيد أحكامه ، ومن ثم لايجوز أن يستخدم هذه السلطات لتعديل الدستور أو الغائه ، ومن ثم تمارس على رئيس الجمهورية فى استخدام السلطات التى خولتها له المادة ١٦ رقابة من حيث الغاية التى يتوخاها .

٢ - وفضلا عن الرقابة التى تمارس على رئيس الجمهورية من حيث الغاية فان هناك رقابة مزدوجة على سلطات رئيس الجمهورية عند اعماله المادة ١٦ وهى :

أ - رقابة من المجلس الدستورى ، فرئيس الجمهورية يجب عليه استشارة المجلس الدستورى الذى يتحقق من أن الغرض من هذه السلطات هو تدعيم الدستور ، الا أنه يجب أن نلاحظ أن هذه الرقابة ليست ملزمة ، ولا يتقيد بها رئيس الجمهورية لأنها من ناحية استشارية ، ومن ناحية أخرى فانها لا تراقب الا شرعية الاجراءات التى يتخذها رئيس الجمهورية .

ب - رقابة البرلمان ، وهى أكثر اتساعا من الرقابة السابقة لأنها تراقب ليس فقط مشروعية الاجراءات الاستثنائية بل تشمل أيضا ملاءمة هذه الاجراءات .

ولابراز أهمية هذه الرقابة التى يمارسها البرلمان على الاجراءات التى يستخدمها رئيس الجمهورية فى اعمال المادة ١٦ على شرعية هذه الاجراءات وملاءمتها فقد أوجبت المادة ١٦ أن يجتمع البرلمان فى حالة استخدام رئيس الجمهورية لهذه السلطات بقوة القانون ، فضلا عن أن المشرع الدستورى حال دون حل البرلمان خلال مدة اعمال المادة ١٦ حيث منع رئيس الجمهورية من الاقدام على ذلك طوال مدة اعمالها ومن ثم فانه وضع كافة الضمانات التى بمقتضاها لا يمكن أن يفلت رئيس الجمهورية من رقابة البرلمان[1] .

ورغم القيود الموضوعية والشكلية والضمانات التى قررها الدستور لاعمال المادة ١٦ فان الفقه الفرنسى يكاد يجمع على أن هذا النص فيه من القوة والاتساع ما يسوغ لرئيس الجمهورية بأن يصل بسلطته الى المدى الذى يريده ، طالما لا تصل الى تعديل الدستور نفسه ، وأن هذا النص يعطى لرئيس الجمهورية سلطات مطلقة ويخوله أن يمسك بيده فى تلك الفترة الاستثنائية بكل سلطات الدولة[2].

---

(١) للمزيد من التفصيل، - Fabre (M.H.) : " Principes : républicains de droit constitutionnel . Paris . 1967 . p : 373 - 376 .
- Hauriou (André) : " Droit constitutionnel et Institution Politique " 2° éd. Paris 1967 . p : 693 - 695.
- M.Duverager : " La V° République " . Paris . 1968 . p : 56 - 57 .

(٢) د . يحى الجمل – نظرية الضرورة ص ١١٦ وما بعدها . حيث أورد رأى بعض الفقهاء الفرنسيين أمثال فالين ، والعميد فيدل ، وموريس دي فرجيه .

سلطة رئيس جمهورية مصر العربية فى الظروف الاستثنائية فى دستور ١٩٧١ :

لم يقتصر دستور ١٩٧١ على ما درجت عليه الدساتير السابقة من تخويل رئيس الدولة اصدار لوائح الضرورة (م ١٤٧) واعلان حالة الطوارئ (م ١٤٨) وانما استحدث ولأول مرة تطبيقا آخر للوائح الضرورة يستند الى نصوص الدستور مباشرة وذلك على التفصيل التالى :

سلطة رئيس الجمهورية فى حالة الضرورة بمقتضى المادة ٧٤ من دستور جمهورية مصر العربية :

توسم المشرع الدستورى فى مصر خطى المشرع الدستورى الفرنسى فقد سبق أن أشرنا الى ما نصت عليه المادة الخامسة من دستور فرنسا التى ألقت على عاتق رئيس الجمهورية السهر على احترام الدستور، كما أنه باعتباره حكما عليه أن يضمن السير المنتظم للسلطات العامة واستمرار بقاء الدولة ... الخ ثم جاءت المادة ١٦ من ذات الدستور لتخوله استخدام سلطات استثنائية لدرء الأخطار الجسيمة التى تعوق السير المنتظم للمؤسسات الدستورية العامة على النحو الذى أشرنا اليه .

ولقد سار المشرع الدستورى فى مصر نفس الخطى فقد نصت المادة ٧٣ من الدستور على أن : " رئيس الدولة هو رئيس الجمهورية ، ويسهر على تأكيد سيادة الشعب وعلى احترام الدستور وسيادة القانون وحماية الوحدة الوطنية والمكاسب الاشتراكية ويرعى الحدود بين السلطات لضمان تأدية دورها فى العمل الوطنى ".

ثم جاءت المادة ٧٤ لتعطى لرئيس الجمهورية استخدام الوسائل والاجراءات السريعة فى حالة قيام خطر يتهدد أحد الموضوعات

الواردة فى المادة المذكورة لذلك نصت المادة ٧٤ على أن " لرئيس الجمهورية اذا قام خطر يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستورى أن يتخذ الاجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر ، ويوجه بيانا الى الشعب ، ويجرى الاستفتاء على ما اتخذه من اجراءات خلال ستين يوما من اتخاذها ".

ومن ثم فان اعمال المادة ٧٤ يرتبط بشروط بينها النص المشار اليه وهى شروط موضوعية وأخرى اجرائية أو شكلية .

الشروط الموضوعية : يشترط لاعمال المادة ٧٤ الشروط الآتية :

١ — أن يكون هناك خطر غير أن المشرع الدستورى أسقط شرط أن يكون الخطر جسيما على النحو الوارد فى النص الفرنسى ، غير أن معظم الفقه يرى أن عدم النص على جسامة الخطر لا يعنى امكان استخدام الاجراءات المنصوص عليها فى اعمال المادة ٧٤ فى الأخطار العادية غير الجسيمة ، ذلك أن الاجراءات الاستثنائية والخطيرة التى تتيحها المادة ٧٤ تفترض أن يكون الخطر جسيما (١) .

واقتصر البعض على اشتراط أن يكون الخطر ذات طبيعة استثنائية (٢).

٢ — أن يكون هذا الخطر حالا وهو ما يستدل من عبارة النص " اذا قام خطر " وعلى ذلك فلابد أن يكون الخطر حالا وواقعا أو وشيك الوقوع ومن ثم لا يجوز اعمال المادة ٧٤ لمواجهة أخطار محتملة أو متوهمة أو أخطار يتوقع وقوعها فى المستقبل البعيد أو أخطار تصورية ، كما أنه

---

(١) للمزيد من التفصيل : د . أحمد مدحت على — المصدر السابق ص ٧٤ .
د . سامى جمال الدين — المصدر السابق ص ١٣٦ — ١٣٧ .

(٢) د . يحى الجمل — نظرية الضرورة ص ١٩٠ .

يجب أن يكون قد قام ولم ينته بعد لان انتهاء الخطر يجعل استخدام الوسائل الاستثنائية التى تتيحها المادة ٧٤ على غير مقتضى ٠

٣ ـ أن يكون التهديد بالخطر واقعـا على أحد المسائل الآتيـة : الوحدة الوطنية ، سلامة الوطن ، اعاقة مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستورى [١] ٠ ويشترط البعض أن يكون اللجوء الى المادة ٧٤ هو الوسيلة الوحيدة الممكنة لدرء الخطر [٢] ٠

الشروط الاجرائية : وهى تتحدد فى شرطين هما :

١ ـ ضرورة توجيه بيان للشعب ٠

٢ ـ اجراء استفتاء على ما اتخذه من اجراءات خلال ستين يوما [٣].

ويلاحظ أن النص المصرى أعطى سلطات أكثر اتساعا لرئيس الجمهورية ، فضلا عن اتجاه المشرع الدستورى فى مصر الى البساطـة والايجاز وهى غير مطلوبة فى مجال سلطات استثنائية تتسم بالخطـورة البالغة [٤] ٠

ورغـم أن الفقه الفرنسى انتقد بشدة نص المادة ١٦ للسلطـات الواسعة التى يعطيها لرئيس الجمهورية فى حالة تحقق الظروف التى توجب اعماله لها بما يخل بالتوازن بين السلطات لحساب السلطـة التنفيذية ، وللسلطات المطلقة التى خولتها لرئيس الجمهورية ، ورغـم ذلك كله فان النص المصرى يشوبه قصور شديد فقد خلا من الضمانـات

---

(١) للمزيد من التفصيل ـ د ٠سامى جمال الدين ـ المصدر السابق ص ١٢٦ ـ ١٣٤ ٠ ـ د ٠يحى الجمل ـ نظرية الضرورة ص ١٩٠ ومابعدها ٠

(٢) د ٠يحى الجمل ـ المصدر السابق ص ١٩٣ ٠

(٣) د ٠يحى الجمل ـ المصدر السابق ص ٢٠١ ومابعدها ٠

(٤) د ٠سامى جمال الدين ـ المصدر السابق ص ١٢٥ ٠

الرقابية التى نصت عليها المادة ١٦ من دستور فرنسا ، فضلا عن أن النص المصرى لم يشترط فى الخطر الموجب لاعمال المادة ٧٤ أن يكون خطرا جسيما وحالا ، فضلا عن خلوه من القيود الشكلية الواردة فى النص الفرنسى .

وقد وجه الفقه الى المادة ٧٤ على ضوء مقارنتها بالمادة ١٦ من دستور فرنسا الملاحظات الآتية :

١ — اشترطت المادة ٧٤ من دستور ١٩٧١ لاصدار رئيس الجمهورية للوائح الضرورة بأن يقوم خطر يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن فى حين أن المادة ١٦ من دستور فرنسا اشترطت لكى يستخدم رئيس الجمهورية هذه السلطة أن يتوفر شرطان معا أولهما قيام خطر جسيم وعاجل يهدد مؤسسات الجمهورية واستقلال الأمة أو سلامة أراضيها أو تنفيذ اتفاقاتها الدولية . أما الشرط الثانى فهو أن ينشأ عن ذلك توقف أو اعاقة السير المنتظم للسلطات العامة الدستورية . وعلى ذلك فانه وان كانت المادة ٧٤ مستوحاة من المادة ١٦ من دستور فرنسا الا أن النص الفرنسى يحتوى على قيود لازمة على سلطة رئيس الجمهورية لاستخدام هذه السلطة حيث أن النص الفرنسى لا يكتفى بقيام الخطر الجسيم والعاجل الذى يهدد مؤسسات الجمهورية واستقلال الأمة أو سلامة أراضيها ، وانما يجب أن يكون من شأن ذلك الخطر أن يؤدى الى توقف السير المنتظم للسلطات العامة الدستورية ، فى حين أن نص المادة ٧٤ اقتصر على اشتراط قيام خطر يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الأمة مما يتيح لرئيس الجمهورية سلطات تقديرية أكثر اتساعا مما يملكه رئيس الجمهورية فى فرنسا على أنه يلاحظ أن صياغة كل من المادتين (١٦ من دستور فرنسا ، ٧٤ من دستور مصر) للحالات

المسوغة لاستخدام رئيس الجمهورية لهذه السلطة تتسم بالعمومية وعدم التحديد مما يتيح لرئيس الجمهورية سلطات واسعة فى استخدام هذه السلطة وان كانت فى مصر أكثر اتساعا على النحو الذى أشرنا اليه ، وهو ما يمكن أن يؤدى الى اساءة استخدام هذه السلطات ، والشطط بها الأمر الذى يمكن أن يؤدى الى اهدار الحقوق والحريات العامة بمقتضى هذه السلطات الواسعة التى يمكن استخدامها تحت ستار وزعم هذه الحالة •

٢ - كما أن المادة ٧٤ من دستور ١٩٧١ لم تشترط فى الخطر الذى يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء عملها أن يكون جسيما وعاجلا خلافا لما اشترطته المادة ١٦ من دستور فرنسا وهو ما يتيح لرئيس جمهورية مصر استخدام هذه السلطة الخطيرة دون أى ضابط أو معيار •

ويرى بعض الفقه أن عدم اشتراط أن يكون الخطر جسيما وعاجلا لا يعنى امكانية استخدام رئيس الجمهورية لهذه السلطة عند قيام خطر عادى غير جسيم ، ويستند فى التدليل على رأيه بأن هذه المادة تعطى لرئيس الجمهورية سلطات استثنائية خطيرة ومن ثم لابد وأن يكون استخدام هذه السلطة لمواجهة خطر استثنائى جسيم يتناسب مع خطورة السلطة المعطاة لرئيس الجمهور أو جسامتها [1] •

غير أننا لا نسلم بذلك ، ولا يجوز أن يستنبط هذا الشرط من مجرد المقابلة بين خطورة السلطة المعطاة وضرورة أن تستخدم لمواجهة خطر استثنائى جسيم يتناسب مع خطورة هذه السلطة وجسامتها ، وانما كان

---

(١) د • أحمد مدحت على - المصدر السابق ص ٧٤ •

يتعين أن يتضمن نص المادة ٧٤ هذا الضابط خصوصا وأن نص هذه المادة مستقى من نص المادة ١٦ من دستور فرنسا ، مما يبرهن أن واضعى دستور ١٩٧١ تعمدوا اغفال هذا القيد على سلطة رئيس الجمهورية لاتاحة الفرصة فى استخدام مثل هذه السلطات التى تطلق يد رئيس الجمهورية فى هذه الحالات .

٣ — سوغت كل من المادتين ٧٤ من دستور مصر ، ١٦ من دستور فرنسا لرئيس الجمهورية سلطة اتخاذ الاجراءات السريعة لمواجهة الخطر القائم ، دون أن تحدد ماهية هذه الاجراءات ومداها ، ويرى بعض الفقه أن هاتين المادتين تعطيان لرئيس الجمهورية سواء فى فرنسا أو مصر اتخاذ أى اجراء يرى ضرورة اتخاذه للقضاء على الخطر القائم بما فى ذلك وقف العمل ببعض نصوص الدستور غير أنه لا يملك تعديل النص الدستورى أو الغاءه ، وان كان النص الفرنسى قد أوجب على رئيس الجمهورية عند اتخاذ الاجراءات التى تقتضيها هذه الظروف المشاورة الوسمية مع رئيس مجلس الوزراء و رئيس مجلس البرلمان (الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ) والمجلس الدستورى مما يحد من السلطات الواسعة لرئيس الجمهورية فى ظل هذه الظروف .

٤ — كما أن المادتين اشتركتا فى عدم تحديد الاجراءات التى تقتضيها هذه الظروف الاستثنائية ومداها ، ويرى جانب من الفقه أن هاتين المادتين تخولان لرئيس الجمهورية فى كل من مصر وفرنسا اتخاذ أى اجراء يرى لزومه للقضاء على الخطر بمافى ذلك وقف العمل ببعض نصوص الدستور غير أنه لا يملك تعديل الدستور أو الغاءه .

٥ - كما أن المادة ٧٤ من دستور جمهورية مصر خلت من معظم القيود الشكلية التى جاءت بها المادة ١٦ من دستور فرنسا والتى تتحدد فى ضرورة استشارة رئيس مجلس الوزراء ورئيس مجلس البرلمان والمجلس الدستورى ٠

ولا يقلل من أهمية هذه الاستشارة كونها غير ملزمة ذلك أن من شأنها أن تؤدى الى الحيلولة دون تسرع رئيس الجمهورية فى اعمال هذا النص الذى يخوله سلطات استثنائية خطيرة ، كما أنها تحول دون انفراد رئيس الجمهورية بالتالى فى وضع هذا النص موضع التطبيق ، ونؤيد ما رآه بعض الفقه من أنه كان يتعين أن يتضمن نص المادة ٧٤ ضرورة استشارة مجلس الشعب ورئيس مجلس الوزراء ورئيس المحكمة الدستورية العليا قبل أن يشرع رئيس الجمهورية فى اعمال المادة ٧٤ (١) ٠

٦ - لم تحدد المادة ٧٤ الغاية التى يجب على رئيس الجمهورية أن يترسمها على خلاف المادة ١٦ على النحو الذى أشرنا اليه ، حيث اشترطت أن يكون الهدف هو اعادة السير المنتظم للسلطات العامة الدستورية فى أقل مدة ممكنة وان كان بعض الفقه يرى أنه رغم سكوت المادة ٧٤ عن بيان الهدف فان روح هذه المادة تكشف عن أن رئيس الجمهورية يتعين عليه أن يستهدف بما يتخذه من اجراءات سريعة ، القضاء على الخطر الذى يتهدد الوحدة الوطنية ، غير أننا كنا نأمل أن يصرح المشرع الدستورى المصرى بالهدف من الاجراءات لاسيما وأنه ترسم خطى المشرع المصرى عند صياغة المادة ٧٤ الأمر الذى يكشف بأن واضعى دستور ١٩٧١ أغفلوا العديد من الضمانات التى تكفل اعمال

---

(١) د ٠ أحمد مدحت على - نظرية الظروف الاستثنائية ص ٧٤ ٠

هذه المادة .

٧ - أغفلت المادة ٧٤ ضرورة اجتماع البرلمان بقوة القانون فور اعمال هذه المادة فضلا عن عدم جواز حل البرلمان طوال مدة اتخاذ هذه الاجراءات على النحو الذى نصت عليه المادة ١٦ ، فضلا عن أن اللجوء الى الاستفتاء على ما اتخذه رئيس الجمهورية من اجراءات لا يكفل رقابة حقيقية على الاجراءات التى يتخذها رئيس الجمهورية الى جانب أن المادة ٧٤ أغفلت الرقابة البرلمانية التى يمارسها البرلمان . ويمكن أن يقال أن اللجوء الى الاستفتاء أكثر ديمقراطية من رقابة البرلمان فان ذلك يرد عليه - وذلك بغض النظر عن طريقة هذا الاستفتاء وعما اذا كان استفتاء دستوريا أم كان استفتاء سياسيا (١) - فان الاستفتاء يتطلب فى المقام الأول رأى عام قوى ومستنير ولكن فى بلد يساق فيه الناخبون سوقا الى صناديق الانتخاب يمكن أن يكون الاستفتاء عديم القيمة لا أثر له ، فضلا أن المادة ٧٤ اشترطت أن يتم الاستفتاء خلال ستين يوما من اتخاذ الاجراءات وهى مدة طويلة تتيح للسلطة التنفيذية أن تتخذ ما تراه خلال هذه المدة دون وجود أى رقابة من الشعب أو نوابه من أعضاء البرلمان (٢) .

ومن الجدير بالذكر أنه قد حدث تطبيقان للمادة ٧٤ الأول عقب أحداث ١٨ ، ١٩ يناير ١٩٧٧ ، والثانى فى خريف عام ١٩٨١ ويرى بعض الفقه أن شروط اعمال المادة ٧٤ لم يكن متوفرا فى التطبيق الأول وذلك لأن أحداث ١٨، ١٩ يناير ١٩٧٧ لم تكن بالجسامة التى تحول دون الحكومة وردئها بالوسائل العادية والاستثنائية الأخرى ، كما

---

(١) للمزيد من التفصيل : د . محمود سامى جمال الدين - المصدر السابق ص ١٦٤ .

(٢) للمزيد من التفصيل فى المقارنة بين المادة ١٦ وبين المادة ٧٤ :
د . أحمد مدحت على - المصدر السابق ص ٧٣ - ٧٦ .
د . يحى الجمل - المرجع السابق ص ١٨٩ ومابعدها .

أن هذه الأحداث لم تكن حالة لأنها كانت قد وقعت وانتهت ، كما أن هذه الأحداث وان عرضت سلامة الوطن للخطر الا أنها لم تكن تعوق مؤسسات الدولة فى أداء دورها الدستورى . أما التطبيق الثانى للمادة ٧٤ فقد توافرت شروطه حيث كان هناك خطر جسيم وكان هذا الخطر حالا ويمس الوحدة الوطنية(١) .

سلطة رئيس الجمهورية فى اصدار لوائح الضرورة بمقتضى المادة ١٤٧ :

خولت المادة ١٤٧ من دستور مصر رئيس الجمهورية اصدار لوائح الضرورة فى حالة غيبة مجلس الشعب ، وهو ما درجت عليه الدساتير المصرية قبل دستور ١٩٧١(٢) .

تنص المادة ١٤٧ على أنه : "اذا حدث فى غيبة مجلس الشعب ما يوجب الاسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر بشأنها قرارات تكون لها قوة القانون .

ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدورها اذا كان المجلس قائما ، وتعرض فى أول اجتماع له فى حالة الحل أو وقف جلساته ، فاذا لم تعرض زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون دون حاجة الى اصدار قرار بذلك ، واذا عرضت

---

(١) للمزيد من التفصيل : د . محمود سامى جمال الدين - المصدر السابق ص ١٣٤ - ١٣٩ .

(٢) أعطت الدساتير المصرية جميعها لرئيس الدولة اصدار لوائح الضرورة فى حالة غيبة البرلمان وقد وردت أحكام هذه الحالة فى المواد ٤١ من دستور ١٩٢٣ ، ١٣٥ من دستور ١٩٥٦ ، ٥٣ من دستور ١٩٥٨ ، ١١٩ من دستور ١٩٦٤ ، وأخيرا المادة ١٤٧ المشار اليها فى المتن .

ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون ، الا اذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر " وفقا لهذا النص فان هناك شروطا للجوء الى اعمال هذه المادة ، كما أن هناك شروطا لتطبيقها .

شروط اعمال المادة ١٤٧ :

١ - أن تحدث ظروف توجب الاسراع في اتخاذ تدابير لاتحتمل التأخير .

٢ - أن تحدث هذه الظروف أثناء غيبة البرلمان سواء كانت الغيبة نتيجة العطلة البرلمانية ، أو نتيجة حل مجلس الشعب ، أو حالة وقف جلسات مجلس الشعب بمعنى أن الغيبة تنصرف الى كل حالات الغياب سواء كانت عادية أم غير عادية .

شروط تطبيق المادة ١٤٧ :

بالاضافة الى الشرطين السابقين الخاصين باللجوء الى اعمال هذه المادة فان هناك شرطين آخرين لتطبيق هذه المادة وهي :

١ - أن تكون هذه اللوائح التي لها قوة القانون متعلقة بتدابير لا تحتمل التأخير بشأن الظروف غير العادية التي استوجبتها وهذا الشرط يعتبر من الشروط الموضوعية .

٢ - أن تعرض هذه اللوائح على مجلس الشعب في خلال الخمسة عشر يوما التالية لصدور هذه القرارات اذا كان المجلس قائما ، أو في أول اجتماع للمجلس في حالة الحل أو وقف جلساته وهذا الشرط من الشروط الشكلية[1] .

---

(١) للمزيد من التفصيل حول المادة ١٤٧ من دستور جمهورية مصر العربية يراجع : د . محمود سامي جمال الدين - المصدر السابق ص٦٣ - ١١٥ .
- د . أحمد مدحت علي - نظرية الظروف الاستثنائية ص ١٤٧ .

سلطة رئيس الجمهورية فى اعلان حالة الطوارئ وفقا للمادة ١٤٨ :

سبق الاشارة الى سلطة رئيس الدولة فى اعلان حالة الطوارئ فى ظل دساتير مصر السابقة على دستور ١٩٧١ ، وقد نظمت سلطة رئيس الجمهورية فى اعلان حالة الطوارئ المادة ١٤٨ التى نصت على أن " يعلن رئيس الجمهورية حالة الطوارئ على الوجه المبين فى القانون ويجب عرض هذا الاعلان على مجلس الشعب خلال الخمسة عشر يوما التالية ليقرر ما يراه بشأنه . واذا كان مجلس الشعب منحلا يعرض الأمر على المجلس الجديد فى أول اجتماع له .

وفى جميع الأحوال يكون اعلان حالة الطوارئ لمدة محدودة ، ولا يجوز مدها الا بموافقة مجلس الشعب" .

هذا واذا كان المشرع فى دستور ١٩٧١ قد احتفظ بالوضع الذى كان سائدا فى ظل الدساتير السابقة عليه فى جواز اعلان حالة الطوارئ وفى اجازة استعمال هذه السلطة مع وجود المجلس قائما ، وفى عدم تحديد الأسباب التى تسوغ للسلطة التنفيذية الحق فى اعلان حالة الطوارئ ، وفى ارجاء عرض قرار اعلان حالة الطوارئ فى حالة حل المجلس الى حين انتخاب مجلس جديد ، الا أن دستور ١٩٧١ عاد وقصر من المدة التى يجب أن تعرض السلطة التنفيذية قرار اعلان حالة الطوارئ على مجلس الشعب الى الوضع الذى كان سائدا فى ظل دستور ١٩٥٦ ، كما أكد الضمانة التى غابت عن واضعى دستورى ١٩٥٦ ، ١٩٦٤ وهى عدم المساس باستمرار انعقاد المجلس . وذلك لأن المشرع أوجب على السلطة التنفيذية أن يكون قرار اعلان حالة الطوارئ محددا بمدة معينة لا يجوز لها أن تتعداها الا بموافقة مجلس الشعب ، ذلك أنه لو أعطيت السلطة التنفيذية حق تعطيل المجلس لكان تقييد سلطة رئيس

الدولة فى هذا الصدد حبرا على ورق ، ولاستطاعت السلطة التنفيذية أن تجعل حالة الطوارئ الى المدة التى تراها كافية فى نظرها لتنفيذ ما تراه حتى ولو كان مخالفا للقانون وذلك بتعطيل المجلس(١).

موقف القضاء فى مصر من نظرية الضرورة :

نظرية الضرورة ليست غريبة على النظام القانونى فى مصر ، فقد نص على بعض حالاتها فى القوانين المختلطة والأهلية ، وأشار دستور ١٩٢٣ الى بعض حالاتها على النحو الذى أشرنا اليه ، كما تتابعت الدساتير المصرية بعد ذلك على النص عليها على النحو الذى أشرنا اليه.

وفيما يتعلق بالقضاء فقد تردد القضاء العادى فى بداية الأمر بين الأخذ بها وعدم الأخذ بها وبدى هذا التردد واضحا فيما يتعلق بالآثار المترتبة على هذه النظرية . فذهب اتجاه فى المحاكم على الأخذ بالنظرية الالمانية التى تقرر أن تقرير حالة الضرورة من شأنه أن يجعل الفعل المخالف للقانون مشروعا من جميع نواحيه دون أدنى مسئولية على الحكومة أو عمالها ، فى حين ذهبت محاكم أخرى الى الأخذ بالنظرية الفرنسية التى تجعل هذه النظرية ذات طابع سياسى لا قانونى بما يترتب على ذلك من عدم اعفاء الحكومة وعمالها من المسئولية المدنية والجنائية ان كان للأخيرة مقتضى ، كما أنه لا يترتب على هذه النظرية محو تصرفات الحكومة المعيبة اللهم الا اذا قامت الحكومة بتصحيحها بأجراء لاحق، واعتبر هذا الاتجاه حالة الضرورة من قبل العذر المخفف عند الحكم على الدولة بالتعويض .

(١) يراجع لنا الوجيز فى القانون الدستورى طبعة ١٩٨١ ص ٣٠٩ وما بعدها نشر دار الثقافة بالفجالة .

على أن اعمال هذين الاتجاهين كان فحسب في الحالات التي لا يوجد نص ، أما اذا وجد نص افترض حالة من حالات الضرورة ورسم الطريق لمواجهتها فانه في هذه الحالة يتعين العمل بنصوص القانون ، ومن ثم فان مجال هذين الاتجاهين كان فقط في حالات عدم توقع المشرع لحالة من حالات الضرورة الأمر الذي أدى بالقضاء الى الاختلاف في الأخذ أو عدم الأخذ بها والآثار التي ترتب على اعمالها[1].

فقد ذهبت أحكام المحاكم في بداية الأمر الى أنه ليس للادارة حتى في أحوال الخطر الداهم اغلاق محل من المحلات المقلقة للراحة الا في الأحوال المنصوص عليها في اللائحة - وفيما عدا هذه الحالة - يعتبر عمل الادارة اغتصابا للسلطة تملك المحاكم تعطيله[2].

وفي دعوى تعويض رفعها أحد الأفراد على الحكومة لحجزه في أحد أقسام البوليس خلافا للقانون وقد دفعت الحكومة بأنه لا مسئولية عليها لأن الاجراء الذي اتخذته صدر منها في ظروف استثنائية تقتضي منها اليقظة والحرص محافظة على أمن الدولة غير أن المحكمة قررت بأنه لا يجوز للحكومة أن تدفع مسئوليتها عن الحجز على حرية فرد من الأفراد بحجزه في أحد أقسام البوليس في غير الأحوال المنصوص عليها في القانون ، بالاستناد الى أن هذا الحجز قد وقع في ظروف استثنائية ، لأن هذه الظروف الاستثنائية يجب أن تكون منظمة بتشريع تصدره الدولة ، ومادام هذا التشريع لم يصدر فيجب احترام القانون الجاري العمل به . غير أن المحكمة وان رفضت اضفاء الشرعية على ما قامت به الحكومة الا أنها

---

(١) د . وحيد رأفت - القانون الاداري ص ٢٠١ - ٢٠٣ .

(٢) حكم قاضي الأمور المستعجلة بمحكمة مصر الكلية في ١٩٣٢/١٢/٣ - مجلة المحاماة سنة ١٥ ص ١٢٢ .

قدرت الظروف الاستثنائية فى تقدير التعويض واعتبرت هذه الحالة عذرا مخففا لمسئوليتها لذلك جاء فى حكم المحكمة : "وحيث أن المحكمة ترى من ظروف القضية التى شرحتها الحكومة لتبرير عمل البوليس من جهة حسن نيته واجتهاده للمحافظة على الأمن العام والاحتياط لمنع ما يبلغ اليه سريا فى وقت ضيق وفى المركز الدقيق الذى وجد فيه ، وان كانت لا ترفع عنها المسئولية القانونية الا أنه يجب مراعاتها فى تقدير التعويض "(١) .

وعكس ذلك أخذت محاكم بنظرية الضرورة وفقا للنظرية الألمانية وطبقتها على حالات مختلفة اما لتنفى المسئولية كاملة عن الادارة ، أو لتقرير أن العمل أو الاجراء الذى تقوم به الادارة اعمالا للضرورة هو عمل شرعى بالرغم من مخالفته للنصوص الحرفية للقوانين واللوائح ومن أمثلة ذلك ما قضت به محكمة مصر الكلية بأنه لا تعويض على الحكومة اذا أطفأ رجال الادارة قمينة طوب مولعة بجوار السكن وأنشئت مخالفة للقانون قبل صدور الحكم القاضى بغلقها ، وقد ورد فى أسباب الحكم : "أنه لا شك فى أن من أخص الواجبات الملقاة على عاتق رجال الادارة والبوليس أن يمنعوا كل ما يهدد الأمن العام أو سلامة الجمهور أو ما يضر بالصحة العامة على أن يكون ذلك فى حدود القوانين واللوائح انما قد تطرأ بعض الأحوال يكون فيها الخطر على الأمن العام أو الصحة محدقا ومهددا بحيث يجب العمل بغاية السرعة لملافاة ذلك الخطر ، وقد يفوت ذلك الغرض لو اتخذ رجال الادارة الطريق القانونى ، فلا

---

(١) حكم محكمة استئناف مصر فى ١٩٣٢/١٢/١٠ — المجموعة الرسمية السنة ٣٦ ، ١٩٣٥ . حكم رقم ١١٦ ص ٢٧٦ .
— وللمزيد من التفصيل : د . وحيد رأفت — المصدر السابق — ص ٢٠١ — ٢٠٦ .

حرج عليهم والضرورات تبيح المحظورات أن يتلافوا ذلك الخطر باتخاذ الاجراءات العاجلة ، لما لهم من السلطة بل عليهم من الواجبات التى تحتم عليهم أن يسهروا على استتباب الأمن صونا للأرواح والأموال . وحيث أن مثل هذه الاجراءات لا تعد مخالفة للقوانين والأوامر العالية ..... لأن القوانين واللوائح نصت على الاجراءات التى يجب أن تتخذ فى الأحوال العادية ، وما دام أنه لم يوجد فيها نص على ما يجب اجراؤه فى حالة الخطر العاجل فحينئذ لا يعد مخالفا للقوانين مايتخذه رجال الادارة والبوليس من الاجراءات العاجلة النزيهة التى لم تعمل لغاية سوى مصلحة الجمهور دون غيرها ، والتى لم يشوبها سوء استعمال السلطة والتعسف أو عدم العناية والحرص فى تنفيذها " وانتهى الحكم بأنه " لا محل لمطالبة الحكومة بتعويضات ... لأن ترك هذا الخطر المحدق بالناس يتناقض مع الواجب الملقى على عاتقهم - عاتق رجال الادارة - فى منع كل خطر فورا ... كذلك ليس من المنطق الصحيح أن يكون العمل واجبا مفروضا قانونا من جهة ثم خطأ قانونيا من جهة أخرى "(١) .

كما أن محكمة مصر الكلية أيدت هذا الاتجاه(٢) حيث قررت : " أنه اذا طرأت أحوال تتطلب من الادارة اجراء سريعا ، وكان هناك خطر محدق بالأمن العام ، ومهدد له بحيث يجب العمل بغاية السرعة ، مما قد يفوت الغرض منه او اتخذ رجال الادارة الطريق القانونى فلا حرج على رجال البوليس والادارة فى مثل هذه الحالة أن يتلافوا ذلك الخطر باتخاذ الاجراءات العاجلة لما لهم من السلطة العامة ، بل ما يجب

---

(١) حكم محكمة مصر الكلية فى ٦ فبراير سنة ١٩٣٤ - مجلة المحاماة سنة ١٥ ص ٥٠٥ .

(٢) حكم محكمة مصر الكلية فى ١١/٥/١٩٣٥ فى قضية محلج الشناوى .

عليهم من الواجبات التى تحتم عليهم السهر على استتباب الأمـــن وصون الأرواح والأموال وخصوصا وأن القانون لم يبين ما يجب اجراؤه فى حالة الخطر العاجل ".

ولم يلبث القضاء العادى أن استقر على الأخذ بنظريـــة الضـرورة (١) .

وبعد انشاء مجلس الدولة فقد ترددت محكمة القضاء الادارى فى بداية الأمر فى الأخذ بنظرية الضرورة ولم تقر حالة الضرورة الا اذا كان هناك نص دستورى يسوغ مقتضياتها (٢) .

غير أن المحكمة عادت واعتنقت النظرية وحددت الأركان التى يجب توافرها لقيام حالة الضرورة بأن يكون هناك خطر جسيم مفاجئ يهـــدد النظام والأمن، وأن يكون عمل الضرورة الذى صدر من الادارة هـــو الوسيلة الوحيدة لدفع هذا الخطر ، وأن يكون هذا العمل لازما حتما فلا يزيد على ما تقضى به الضرورة ، وأن يقوم بهذا العمل الموظف المختص فيما يقوم به من أعمال وظيفته .

وهذه الشروط مستقاة كما يرى بعض الفقه من النظرية العامـــة للضرورة تقرر بأن الضرورات تبيح المحظورات ، وأن الضرورة تقـــدر بقدرهـا (٣) .

---

(١) للمزيد من التفصيل : د. وحيد رأفت - المصدر السابق - ص ٢٠٩ ومابعدها .

(٢) حكم محكمة القضاء الادارى فى ١٨/٤/١٩٥٠ القضية رقم ٩٠ لسنة ٢ ق المجموعة للسنة الرابعة رقم ١٨ ص ٥٧٩ .

(٣) د. محمود سامى جمال الدين - المصدر السابق ص ٣٠ .

د. يحى الجمل - نظرية الضرورة ص ٨٨ .

وقد استقرت أحكام محاكم مجلس الدولة على الأخذ بنظرية الضرورة ، وأكدت المحكمة الادارية العليا بعد انشائها الأخذ بها وأقرتها بذات الأركان السابق الاشارة اليها ، ولذات الأحوال المعروفة بما يؤدى الى القول بأن القضاء الادارى استقر على الأخذ بنظرية الضرورة بأركانها المحددة وأسسها المقررة وقد سبق الاشارة الى العديد من الأحكام فى هذا الشأن(١) .

---

(١) د . محمود سامى جمال الدين ـ المصدر السابق ص ٣٠ ومابعدها .
د . يحى الجمل ـ نظرية الضرورة ص ٨٥ ـ ١٠٢ .

الفصـــل الثانى

الأساس القانوني لنظريـة الضـرورة

يرجع الأساس القانونى لنظرية الظروف الاستثنائية الى فكـرة الضرورة ذاتها ، وهى فكرة تمتد جذورها التاريخية الى أصل مـن الأصول الفقهية المقررة فى جميع الشرائع مؤداه : أن الضرورات تبيـح المحظورات ، والى ما جرى عليه فقهاء قانون العقوبات تطبيقا لذلك من تقرير حق الدفاع الشرعى اذا ما تهدد الانسان خطر جسيم فى نفسه أو ماله أو عرضه ، واعتباره سببا مانعا من العقاب [١] .

وامتدادا للخلاف الدائر فى فقه قانون العقوبات حـول الأساس الذى بنى عليه حق الدفاع الشرعى ،وحدوده ومداه ، وما اذا كان سببا من أسباب الاباحة ، أو مجرد عذر مانع من المسئولية [٢] ، فقد قام فى فقه القانون العام خلاف مشابه فى شأن تحديد أساس فكرة الضرورة الذى تبنى عليه نظرية الظروف الاستثنائية ، تبلور فى نـزاع شهير حول فكرة الضرورة بين الفقه الألمانى من ناحية والفقه الفرنسـى والأنجلوساكسونى من ناحية أخرى [٣] ، وهو الأمر الذى يمكـن أن نتعرض له فى المبحثين الآتيين :

---

(١) د . طعيمة الجرف : مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولـة للقانون ص ١٣٥ ، ١٣٦ .

(٢) د . السعيد مصطفى السعيد : الأحكام العامة فى قانـون العقوبات (الطبعة الثالثة سنة ١٩٥٣م) ص ١٨٦ ومابعدها .
د . محمود مصطفى : شرح قانون العقوبات (طبعة سنة ١٩٥٥م) ص ٣٢٦ ومابعدها .

(٣) انظر فى تفصيل هذا النزاع :

المبحث الأول

نظرية الضرورة الألمانية

يذهب الفقهاء الألمان امتدادا لفلسفة "كانت" و"هيجل" وانطلاقا من اعتناقهم المذهب الوضعي في القانون ، الى أن الدولة هي أسمى الشخصيات في المجتمع وصاحبة السيادة العليا فيه ، ومن ثم فانها حين تصدر القانون تصدره باعتباره تعبيرا عن ارادتها الملزمة لأفراد المجتمع الخاضعين لسلطانها ، وتلتزم هي الأخرى بالامتثال لأحكامه واحترامها بمطلق ارادتها ، ومن منطلق تقييد نفسها بنفسها ، وهو ما عرف في الفلسفة القانونية الألمانية بنظرية التحديد الذاتي لسيادة الدولة ، وقد استقر الفقه الألماني منذ هيجل(١) على أن القانون ليس غاية في حد ذاته ، ولكنه وسيلة لتحقيق غاية سامية هي حماية الجماعة مما قد يتهددها من مخاطر ، وأن القانون اذا لم يؤد الى هذه الغاية أو تناقض معها ، وجب أن يضحى به في سبيل سلامة الدولة ، وحماية مصالح الجماعة تطبيقا للمبدأ القانوني القديم : "سلامة الأمة فوق القانون(٢) ".

- Jean Raicu : " Légalité et nécessité "p : 2I2 - 2I3 ...
- Mouskéli (M.) : " La loi et le règlement p : I60
- الفونس الألفي : الأعمال الادارية ونظرية الضرورة - مقال بمجلة القانون والاقتصاد - السنة السابعة سنة ١٩٣٧م ص ٨٢٧ ومابعدها .
- د. طعيمة الجرف : مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون ص ١٣٧ .

(١) - Esmein : " Eléments de droit constitutionnel " .op.cit. p : 88 .

(٢) د. ابراهيم درويش : بحث نظرية الظروف الاستثنائية - المرجع السابق ص ١٣٤ .

ومن ثم فاذا كانت الدولة تلتزم بمطلق ارادتها بالقانون الذى وضعته ، فان ذلك ليس معناه أن تظل مقيدة بهذا القانون فى جميع الظروف ، فيجوز لها الخروج على أحكامه وقواعده ، حين يكون ذلك ضروريا لسلامتها وضمان تحقيق أمنها واستقرار النظام فيها . ومن هنا فقد انتهى رجال الفقه الألمانى الى صياغة فكرة الضرورة فى نظرية قانونية سوغوا بمقتضاها للدولة حق الخروج على الحدود التى رسمها القانون المكتوب — أيا كانت صورته — طالما أنه لم ينظم وسائل لمواجهة حالة الضرورة التى قد تلم بالدولة ، وذلك حتى تتمكن من المحافظة على بقائها . وترتيبا على ذلك أصبح ما تتخذه الدولة من أعمال واجراءات تنزولا على حكم الضرورة مشروعا فى ذاته ، مهما كان مخالفا للدستور أو القانون ودون ترتيب أى مسئولية أو اعتباره مخالفة قانونية فى مواجهة رجال الدولة عند ممارستهم لهذه الأعمال والاجراءات ، فضلا عن انتفاء مسئولية الدولة عنها ، بحيث لا يحق للأفراد مطالبة الدولة بتعويضهم عما قد يلحقهم من أضرار نتيجة هذه الأعمال والاجراءات مهما بلغت جسامتها [1] . وهكذا فان الحق الذى تخوله نظرية الضرورة الألمانية للدولة هو حق مطلق لا تحده شروط أو ضوابط ولا يخضع لأية رقابة قضائية .

---

(١) د . السيد صبرى : اللوائح التشريعية (سنة ١٩٤٤م) ص ٥ ومابعدها ، وانظر : د . طعيمة الجرف : مبدأ المشروعية ص ١٤١ ، ١٤٢ ، حيث يشير الى توسع الفقه الألمانى فى فهم نظرية الضرورة وخروجهم بها الى نطاق القانون الدولى العام ، الى حد أن أقاموا منها مبدأ قانونيا يبيح لهم — فضلا عن حقهم فى الدفاع ضد الدول المعتدية عليهم — حقا آخر فى الاعتداء على الدول البريئة التى لم يصدر منها أى تهديد أو اعتداء بدعوى المحافظة على أمن ألمانيا وسلامة أراضيها .

وعلى ذلك فوفقا للنظرية الألمانية تعتبر نظرية الضرورة نظريــة قانونية كما تعتبر الأعمال والاجراءات التى تقدم عليها الدولة اعمالا للضرورة وتخالف بها القوانين أو تمس حقوق الأفراد وحرياتهم اعمالا شرعية ، واستخداما لحق شرعى لا يرتب أدتى مسئولية على الدولــة أو عمالها : " فكما أنه لا عقاب على الشخص الذى يخالف قانون العقوبات وهو مكره لضرورة وقاية نفسه أوغيره من خطر جسيم على وشك الوقوع ، كذلك لا جناح على الدولة اذا خالفت القوانين ، وكان ذلك ضـــروريا لسلامتها ولحفظ الأمن والنظام ".

ويبرر الفقهاء الألمان ما ذهبوا اليه بأن القوانين وسيلة لا غاية، أما الغاية من وجود الدولة وقوانينها والسلطات الممنوحة لها فهـــى المحافظة على مصالح الجماعة وسلامتها ، فان كان تحقيق الغاية يستند على تضحية ببعض القوانين أو الاعتداء على بعض الحريات ، فلا حـرج على الدولة بل هذا هو حقها وواجبها (١) .

---

(١) للمزيد من التفصيل : د . وحيد رأفت ـ القانون الادارى ص ١٩١ـ ١٩٢ . حيث يقرر سيادته أن هذه النظرية تشيع لها من الفقهاء الألمان جربر ، اهرنج ، جلينك ، كوهلر ، ويضيف سيادته بـأن بعض البلاد الأخرى كسويسرا تأثرت بهذه النظرية وترتيبا على ذلك حكمت محكمة الاتحاد السويسرى فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٥ بناء على دفاع النائب العام وكيهارد أنه بالرغم من عدم وجود نص صريح فى الدستور يسمح بذلك : "يحق للسلطة التنفيذية فى حالة الخطـر والظروف الاستثنائية أن تتخذ جميع الاجراءات الضرورية للمحافظـة على أمن وسلامة الدولة حتى ولو كانت هذه الاجراءات مخالفـة للقانون الأساسى للدولة ".

ويرى جانب من الفقه أن النظرية الألمانية لم تكن في حقيقتها نظرية قانونية بقدر ما كانت نظرية ديكتاتورية تستهدف اضفاء طابع قانوني على نهج استبدادي واضح [1] .

---

(١) د. سامي جمال الدين ـ لوائح الضرورة ـ المصدر السابق الاشارة اليه ص ٢٠ .

المبحث الثانى

نظرية الضرورة الفرنسية

يسود فقه الدول الديمقراطية ذات الثقافة اللاتينية والانجلوساكسونية مبدأ عام مؤداه : أن الحكومة يجب أن تخضع للقانون فى جميع الأوقات والظروف ، وذلك على أساس أن القانون العام فى أى دولة يمكنه تنظيم اختصاصات السلطات العامة بطريقة تسمح للحكومة باتخاذ ما تراه من اجراءات لمواجهة الأوقات والظروف " التى قد تلم بالدولة(١) . وبالتالى فاذا حدث واتخذت الحكومة تصرف يخالف ما تقضى به أحكام القانون لمواجهة خطر أو لمعالجة ظروف استثنائية شاذة لم يكن فى مقدور المشرع التنبوء بها ، فان تصرفها يصبح غير مشروع ، ووجب مساءلتها وموظفيها عنه(٢) . غير أن رجال الفقه الفرنسى ذهبوا ازاء الضرورات العملية التى كانت تدفع الحكومة الى التصرف على غير مقتضى القانون الى اعتبار حالة الضرورة بمثابة عذر سياسى (٣)

(١) - Esmein : " Eléments de droit constitutionnel " p : 90 .

(٢) الفونس الألفى : الأعمال الادارية ونظرية الضرورة ص ٢٩ ، ٨ .

(٣) كان العميد ديجى أول من صاغ هذه المحاولة فى الفقه الفرنسى عندما أباح للسلطة التنفيذية اصدار لوائح تشريعية على خلاف ما يقرره النظام الدستورى الفرنسى ، وذلك لمواجهة الظروف الطارئة التى قد تلم بالدولة ، الا أنه حدد ذلك بشروط ثلاث: أولها: حدوث حرب أو ثورة أو اضراب عام . الثانى : تعذر انعقاد البرلمان أو عدم سماح الظرف الطارىء بانعقاده لاستصدار تشريع يبيح للحكومة مواجهة ذلك الظرف . الثالث : اعتزام الحكومة عرض الأمر على البرلمان فى أول اجتماع له للحصول على موافقته على ما اتخذته من اجراءات وتصرفات

- Voir : Duguit : " Traité de droit constitutionnel ". Tome : III . 1930 . p. 754.

— وليس حقا قانونيا كما في النظرية الألمانية [١] — يمكن للحكومة أن تبرر به تصرفها أمام البرلمان ، على أساس أن تصرفها المخالف للقانون كان ضروريا لتحقيق مصلحة عامة أو لدفع خطر داهم ، ولتستصدر من البرلمان — في حالة اقتناعه بسلامة موقفها — قانون التضمينات Bill of indeminty الذي يتمثل في تصحيح تصرفها المخالف للقانون واسقاط مسئوليتها . وبذلك يكون رجال الفقه الفرنسي قد صاغوا النظرية الاستثنائية أو فكرة الضرورة في نظرية سياسية ، يمكن بمقتضاها تبرير الأعمال والاجراءات التي تتخذها الحكومة بالمخالفة للقانون بدافع الضرورة تبريرا سياسيا ، يسقط مسئوليتها السياسية أمام البرلمان ، ولكنه لا يعفيها من المسئولية المدنية عن الأضرار المترتبة على أعمالها المخالفة للقانون ، وكذا لا يعفي عمالها من المسئولية الجنائية — ان كان لها وجه — الا بقانون خاص يسقط المسئولية عن أحدهما أو كليهما [٢].

(١) ذهب بعض الفقهاء الفرنسيين الى تصوير لفكرة الضرورة قريب من النظرية الألمانية ، قائلا أنه حين تطرأ بعض الأزمات التي قد تهدد بقاء الدولة وسلامتها ، فانه يحق للدولة في هذه الأحوال أن تدافع عن نفسها وأن تواجه الأخطار باجراءات استثنائية من نفس طبيعة الظروف التي تواجهها ، ولو خالفت في ذلك القوانين السارية ، وذلك استنادا الى فكرة الدفاع الشرعي عن الدولة وبحيث يكون تصرفها المخالف للقانون في هذه الحالة أمرا مبررا ومشروعا .

Voir : Hauriou (M.) " Précis de droit constitutionnel Paris 1923 . p : 452 .

(٢) الفونس الألفي : المرجع السابق ص ٨٣٠ .

ويترتب على النظرية الفرنسية أن الاجراءات التى تتخذها الدولة مكرهة لدفع خطر أو مواجهة ظروف استثنائية ملحة وتخالف بهـا القوانين لا تعتبر مشروعة فى ذاتها بل تظل باطلة من الناحية القانونية كما أن الموظفين الذين قاموا بهذه الاجراءات يعتبرون مسئولين عنها من الناحيتين المدنية والجنائية • فحالة الضرورة لا تسوغ للدولـة اختصاصا جديدا أو تعطيها خصوصا استثنائية تسمح لها بمخالفة القانـون ويتحتم لكى تقوم الدولة بهذه الاجراءات أن يوجد نص صريح فى الدستور يسوغ لها ذلك أو تشريع خاص بالظروف الاستثنائية •

ويرتب الفقه على النظرية الفرنسية الانجليزية نتائج تناقض النتائج المترتبة على النظرية الألمانية أهمها :

أولا — أن حالة الضرورة ليس من شأنها اعفاء الدولة من المسئوليـة المدنية كما لا تعفى موظفيها من المسئوليتين المدنية والجنائية اذا مـا ارتكبوا عملا مخالفا للقانون يستوجب أى من المسئوليتين اللهم الا اذا صدر قانون تضمينات — على النحو الذى يشترطه الفقهاء الانجليز يسقط هذه المسئوليات ويصحح الأعمال المخالفة للقانون •

ثانيا — أن الرقابة القضائية على أعمال السلطة التنفيذية تظـل كما هى فلا تقتصر وظيفة القاضى على بحث ما اذا كانت حالة الضرورة متوفـرة من عدمه بل له أن يقرر بطلان تصرفات الادارة اذا تبين له أنهـا مخالفة للقانون شأ ن ذلك شأن رقابته على القرارات الادارية الأخرى (١).

غير أن جانبا من الفقه فى فرنسا رفض الأخذ بالنظرية السياسية أو الواقعية التى تقوم عليها النظرية الفرنسية وفضلوا عليها النظريـة القانونية ولكن على وجه يختلف عما ذهب اليه الفقه الألمانى فى هذا

---

(١) للمزيد من التفصيل : د • وحيد رأفت — المصدر السابق ص١٩٢ — ١٩٣ •

الشأن ، ومن هؤلاء الفقيه الفرنسى ديجى الذى كان أول من سوغ للسلطة التنفيذية اصدار لوائح الضرورة رغم خلو الدستور الفرنسى من نص يسوغ ذلك ، وذلك بهدف مجابهة الظروف العاجلة ورفع أخطارها رغم مخالفة ذلك لقواعد الاختصاص التى حددها الدستور وخروجها بذلك عن قواعد المشروعية وذلك على النحو السابق الاشارة اليه .

كما أن هوريو يعد من أنصار هذا الاتجاه فى الفقه الفرنسى حيث يبرر خروج الحكومة عن اختصاصاتها فى اصدار اللوائح والتى بمقتضاها يوقف تطبيق بعض القوانين بأن ذلك يبرره نوع من المشروعية تفرضه ضرورات الحرب ، أو الاضطرابات ، التى تهدد كيان الدولة ووجودها ، أى حالة الضرورة بتعبير أعم ، وأن هذه المشروعية تفتح أمام الدولة امكان اللجوء الى حق الدفاع الشرعى واتخاذ اجراءات معينة ما كانت تستطيع اتخاذها فى الأحوال العادية فى أوقات السلم ، واذا كانت الدولة فى مواجهتها لهذه المخاطر تخرج عن اطار الشرعية فانها لا تخرج عن اطار القانون طالما أنها فى حالة دفاع شرعى .

ويرى بعض الفقه أن معظم الفقه فى مصر وفرنسا يأخذون بالنظرة القانونية لنظرية الضرورة خاصة وأن المشرع الدستورى أخذ ببعض التطبيقات لهذه النظرية [1] .

---

(١) للمزيد من التفصيل :

د . سامى جمال الدين — لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية ص ٢٢ .

ويتضح مما سبق أن نقطة الخلاف الرئيسية بين نظرية الضرورة الألمانية ونظرية الضرورة الفرنسية ، تنحصر فى أنه بمقتضى النظرية الأولى تكتسب الحكومة فى حالة الضرورة حقا يبيح لها أن تخالف القانون بدون أى ضابط أو قيد ، ودون أى مساءلة . وبالتالى فان هذه النظريـة تمثل فى الواقع استثناء من مبدأ الشرعية . أما النظرية الفرنسية فكل ما تقدمه للحكومة فى حالة الضرورة هو مجرد عذر سياسى يعفيها من المسئولية السياسية عن الأعمال التى تتخذها بالمخالفة للقانون تحت الحاح حالة الضرورة ، دون أن يمحو ذلك عن الفعل صفته غير المشروعة، فضلا عن أن هذه الأعمال تخضع لرقابة القضاء الغاء أو تعويضا ، وهو الأمر الذى يعنى أن الادارة لا تخرج فى هذه الحالة عن نطاق مبدأ الشرعية وفقا لهذه النظرية . ويلاحظ أنه على الرغم من وضوح فكرة الضرورة كأساس قانونى لنظرية الظروف الاستثنائية ــ حتى أن البعض ذهب الى تسمية النظرية الأخيرة باسم نظرية أعمال الضرورة أو نظرية الضرورة [1]ــ الا أن كثيرا من الشراح اختلفوا فى تحديد أساسها القانونى ، فبينما أسسها البعض على فكرة "الاستعجال" التى تقدر فى كل حالة على حدة [2]، ذهب البعض الآخر الى تأسيسها على فكرة الواجبات العامة للسلطة الادارية ، ومقتضاها أن أول ما تلتزم به السلطة العامة هو العمل على حفظ النظام العام ، وسير المرافق العامة

---

(١) د. السيد صبرى ــ اللوائح التشريعية ص ٥ ،
د. طعيمة الجرف : مبدأ المشروعية ص ١٣٥ .
ألفونس الألفى : الأعمال الادارية ونظرية الضرورة ص ٨٢٧ .

(٢) انظر فى عرض هذا الرأى :
د. ابراهيم درويش : نظرية الظروف الاستثنائية ص ١٣١ .

سيرا منتظما ، فاذا ما تبين لها أن تطبيق قواعد المشروعية الموضوعة للتطبيق في الأوقات العادية يعوقها عن أداء هذا الالتزام ، كان لها أن تتحرر مؤقتا من تلك القواعد بالقدر الذى يمكنها من أداء واجباتها [1] • فى حين ذهب فريق ثالث الى تأسيس النظرية

---

(١) د • سليمان الطماوى : النظرية العامة للقرارات الادارية ص ١٢٠ ، ١٢١ ،وذهب الى هذا الرأى أيضا :
د • محمود حلمى : نشاط الادارة ص ٤٢ ، ٤٣ ، حيث يشير الى وجود اختلاف بين نظرية الظروف الاستثنائية ونظرية الضرورة — من حيث أساسهما وشروط تحقق كل منهما — ثم يحصر هذا الاختلاف فى أنه يشترط فى نظرية الضرورة أن لا يكون لدى الادارة وسيلة أخرى خلاف الوسيلة المتبعة وعدم تجاوز الاجراء حالة الضرورة • بينما فى نظرية الظروف الاستثنائية لا يبحث القاضى عما اذا كان ثمة اجراء أخف كان من الممكن اتخاذه لحماية النظام العام فى حالة الظروف الاستثنائية ، ولكنه يبحث عن مدى توافر الظروف الاستثنائية ذاتها والتى من واجبات الادارة أن تواجهها ، كما يبحث مدى ملاءمة الاجراء المتخذ بحسب الظروف• والواقع أن هذه التفرقة التى أشار اليها سيادته تكاد تفقد مبررها فى ظل منهج القضاء الادارى فى شروط وضوابط تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية ، حيث جرى القضاء على الغاء القرار الاستثنائى المتخذ لمواجهة الظروف الاستثنائية اذا كان مفرطا فى اعتدائه على الشرعية فى وجود امكانية لاتخاذ اجراءات استثنائية أخف وطأة • فضلا عن جريان القضاء على اشتراط أن يكون الاجراء الاستثنائى بالقدر اللازم لمواجهة الظرف الاستثنائى ودون أن يتعداه ،وبحيث ينتهى زمنيا بانتهاء مدة ذلك الظرف •

على فكرة "ضرورة المحافظة على بقاء الدولة "(١) أو فكرة " استمرار حياة الأمة " ومقتضاها وجود مبدأ عرفي يعلو ويسود كافة القوانين المكتوبة وغير المكتوبة ، وهو ضرورة المحافظة على بقاء الدولة . فاذا تعرض وجود الدولة للخطر في الظروف الاستثنائية نتيجة الاخلال بأمنها ونظامها وبالسير المنتظم لمرافقها ، ولم تسعف القوانين المعدة للأوقات العادية في القضاء على هذا الخطر ، كان للادارة أن تتخذ كافة الاجراءات والتدابير اللازمة لمواجهته ، بغض النظر عما تتضمنه من اعتداء على الحريات والحقوق العامة بالمخالفة لأحكام هذه القوانين ، اذ لا وجود لمبدأ الشرعية بدون بقاء الدولة واستمرارها .

وجدير بالذكر أن عدم استقرار هؤلاء الشراح على أساس واحد لنظرية الظروف الاستثنائية يرجع في الواقع الى جملة من الأسباب يمكن تحديدها في حداثة نشأة النظرية وعدم الاستقرار على تكييف طبيعتها ، وهل هي نظرية قانونية أم نظرية سياسية (٢) ، فضلا عن عكوفهم على تحري هذا الأساس من خلال أحكام مجلس الدولة الفرنسي المتعلقة بالظروف الاستثنائية ، انطلاقا من اعتقادهم بأن فكرة الضرورة ليست كافية لتبرير أحكام المجلس التي صدرت في هذا الشأن (٣) . ومن رأينا

---

(١) - Fahmy (Moustapha Abou Zeid) : " La théorie de circonstances exceptionnelles en droit administratif français et égyptienne .

رسالة دكتوراه - باريس - ١٩٥٤م ص ٢٧٠ وجدير بالذكر أنه استخدم تعبير "استمرار حياة الأمة في التعبير عن الفكرة المشار اليها بالمتن .

(٢) أحمد وهبة : القرار الجمهوري بقانون ووسائل رقابته ص ٢٨ ، ٢٩ .

(٣) د . أحمد مدحت علي : رسالة دكتوراه ص ٣٣٩ وما بعدها .

- De Laubader : " Traité de droit administratif . P : 269.

أن اعمال النظر فى كتابات الفقه وأحكام القضاء حول أساس نظرية الظروف الاستثنائية يؤكد أن جميع الأفكار التى طرحت لتأسيس هذه النظرية ما هى الا ترديد غير مباشر لفكرة الضرورة . فالاستعجال ليس الا مظهرا غالبا للضرورة وطابعا لا تخلو منه ، وضمان سير المرافق العامة أو ضرورة المحافظة على بقاء الدولة يمثلان فى حقيقتهما أيضا ضرورات ملحة(١) . وهكذا يكون الأساس الحقيقى لنظرية الظروف الاستثنائية هى فكرة الضرورة دون سواها كفكرة تؤسس عليها النظرية وتبنى عليها معالمها وضوابطها وشروطها .

---

(١) انظر قريبا من هذا المعنى :
د . نعيم عطية — الحريات العامة — محاضرات لطلبة دبلوم القانون الجنائى بحقوق عين شمس (٧٣ / ١٩٧٤م) ص ١٨٥ ، ١٨٦ . ويراجع د . طعيمة الجرف : مبدأ المشروعية ص ١٧٩ ، ١٨٠ حيث يشير الى أن اشتراط القضاء توافر مصلحة جدية ومحققة لدى السلطات العامة حتى يكون لها التصرف على نحو استثنائى أثناء قيام الظرف الشاذ ، يحمل على الاعتقاد بأن نظرية الظروف الاستثنائية كما يطبقها مجلس الدولة الفرنسى ليست فى الحقيقة الا تطبيقا عاديا لنظرية الضرورة عموما ، لأنه اذا كان فى مقدور الادارة أن تؤجل تدخلها لتلافى التصرف فى أثناء قيام الظرف الشاذ وأن تنتظر لحين زواله دون أن يتعرض الأمن العام للخطر ، أو تتعطل المرافق الجوهرية عن السير بانتظام ، فانه لا يقوم أدنى مبرر للسماح بابعاد أعمال الادارة عن دائرة القانون العادى والمشروعية العادية .

وسواء كنا فى ظل النظرية الفرنسية أو الألمانية ، فان الضـــرورة التى تسوغ للادارة أن تتخذ اجراءات غير مألوفة مخالفة بذلك قواعـــد المشروعية العادية ترد الى أصلين :

الأول : فكرة الضرورة التى تعترف بها كافة الشرائع وترى فيها مبررا للخروج على القيود والقواعد المقررة فى الظروف العادية .

الثانى : حقيقة القانون باعتباره وسيلة لتحقيق غاية وهى حفظ مصالـــح الجماعة وأفرادها ، ذلك أنه اذا اتضح أن التزام الوسيلة فـــى ظل ظروف معينة سينقلب خطرا على الغاية ذاتها وهى حفـــظ مصالح الجماعة وأفرادها فانه من الطبيعى أن يضحى بالوسيلـــة فى سبيل تحقيق الغاية ، وبيان ذلك أن المشرع حين يضع القواعـــد القانونية التى تحكم نشاط الدولة وهيئاتها العامة يضعها فـــى ظل مسلمات قائمة وظروف عادية تحيط بالدولة ، وتسود العلاقات بين أفرادها ، والقواعد التى يضعها المشرع تمثل اطار الشرعيـــة الذى يهدف الى حماية الجماعة من مضار النشاط المخالف للقانون الذى قد تندفع اليه سلطة من سلطات الدولة .

غير أنه قد تلم بالمجتمع ظروف وأوضاع استثنائية وشاذة تهدد النظام العام ، وقد تقضى مواجهة هذه الظروف الى حتمية اتخـــاذ تدابير استثنائية لا تتسع لها القواعد العادية فهل تعتبر الدولة فـــى هذه الحالة مخيرة بين الاقدام على اتخاذ تلك التدابير والقـــرارات خارجة بذلك على مبدأ الشرعية وواقعة فى المخالفة القانونية ، وبـــين الاحجام عن التصرف وتعريض المصلحة العامة لاضرار قد تكون جسيمـــة وذلك وقوفا عند حدود المشروعية والتزاما بنصوص قانونية لم توضع أصلا لمواجهة تلك الظروف ؟

ومن هنا كان تسليم سائر النظم القانونية المختلفة — على اختلاف في الأساس الذى يمكن أن ترد اليه الضرورة — بأن ضرورات المحافظة على المصلحة العامة ووجود الدولة وبقائها تحتم مواجهة هذه الظروف بالتسليم للدولة بمزيد من حرية التصرف دون أن يؤدى ذلك الى وصف تصرفاتها بأنها غير مشروعة وذلك لأن حدود المشروعية في ظل الظروف الاستثنائية لابد وأن يختلف عن حدودها في الظروف العادية وهذا هو جوهر نظرية الضرورة أو الظروف الاستثنائية[1] .

---

(١) انظر كتابنا — رقابة القضاء على أعمال الادارة العامة ص ٨٥ ومابعدها .

الفصل الثالث

شروط وضوابط تطبيق نظرية الضرورة

يسلم القضاء في كل من مصر وفرنسا للسلطات العامة — تطبيقا لنظرية الظروف الاستثنائية — بسلطات واختصاصات واسعة في هذه الظروف ، لا تسمح بها ولا تجيزها القوانين في الظروف العادية ، ومع ذلك فان القضاء لم يطلق للادارة العنان حتى تستبد أو تنحرف ، بل حرص على وضع عدة شروط وضوابط لابد من توفرها لتطبيق النظرية وترتيب آثارها . وتطبيقا لذلك فقد قررت محكمة القضاء الادارى المصرية بتاريخ ١٩٥١/٦/٢٦م (١) أن القضاء الادارى المصرى والعادى قد جرى على أن الضرورة لا تقوم الا بتوافر أركان أربعة :

أولا : أن يكون هناك خطر جسيم مفاجىء يهدد النظام والأمن .

ثانيا : أن يكون عمل الضرورة الذى صدر من الادارة هو الوسيلة الوحيدة لدفع هذا الخطر .

ثالثا : أن يكون هذا العمل لازما فلا يزيد على ما تقضى به الضرورة .

رابعا : أن يقوم بهذا العمل الموظف المختص فيما يقوم به من أعمال تطبيقية .

وهذه الأركان جميعها ترجع الى أصلين معروفين يقضيان بأن الضرورات تبيح المحظورات ، وأن الضرورة تقدر بقدرها (٢) .

---

(١) القضية ٥٨٧ للسنة الخامسة القضائية — المجموعة — السنة الخامسة ص ١٠٩٩ .

(٢) انظر في نفس المعنى حكم المحكمة الادارية العليا في القضيتين رقم ٤٤٤ للسنة السابعة القضائية ورقم ٧٣٠ للسنة الثامنة القضائية بتاريخ ١٩٦٦/٣/٢٦م — المجموعة — السنة الحادية عشر ص ٥٦٥ . وهى نفس الشروط تقريبا التى استقر عليها القضاء العادى قبل انشاء مجلس الدولة (د . وحيد رأفت — المصدر السابق ص٢١٤ومابعدها).

وأضافت المحكمة فى ذات الحكم قائلة : " ان أعمال الضرورة تخضع فى جميع الأحوال لرقابة القضاء ليرى ما اذا كانت أركان الضرورة متوافرة حتى يقوم حق الضرورة وتنتفى المسئولية ، فاذا لم تتوافر هذه الأركان فليست هناك ضرورة ، ويكون العمل الصادر من الادارة فى هذه الحالة موجبا للمسئولية اذا كان عملا ماديا ، وباطلا اذا كان قرارا اداريا " . كما قررت المحكمة الادارية العليا فى أحد أحكامها [1] أن سلطة الحكومة فى حالة الضرورة ليست ولا شك طليقة من كل قيد ، بل تخضع لأصول وضوابط ، فيجب أن تقوم حالة واقعية أو قانونية تدعو الى التدخل ، وأن يكون تصرف الحكومة لازما لمواجهة هذه الحالة بوصفه الوسيلة الوحيدة لمواجهة الموقف ، وأن يكون رائد الحكومة فى هذه التصرفات ابتغاء مصلحة عامة . وبذلك تخضع هذه التصرفات لرقابة القضاء ، غير أن المناط فى هذه الحالة لا يقوم على أساس التحقق من مدى شرعية القرار ، من حيث مطابقته للقانون أو عدم مطابقته للقانون ، وانما على أساس توفر الضوابط التى سلف ذكرها أو عدم توافرها ، فاذا لم يكن رائد الحكومة فى هذا التصرف الصالح العام ، بل اتجهت الى تحقيق مصلحة خاصة مثلا فان القرار يقع فى هذه الحالة باطلا . وفى ضوء ما تقدم يمكن حصر شروط وضوابط النظرية فى الآتى :

أولا ـ قيام حالة غير عادية :

ويتوافر الظرف الاستثنائى بقيام حالة واقعية أو قانونية شاذة غير مألوفة تنطوى على تعريض المصلحة العامة للخطر الجسيم ، بحيث

---

(١) حكمها فى القضيتين رقم ٩٥٦ ، ٩٥٨ للسنة الخامسة القضائية فى ١٤/٤/١٩٦٢م وقد سبقت الاشارة اليه .

لا تتمكن السلطة العامة من القيام بأحد المهام الرئيسية المنوطة بها . فيجب لاعتبار واقعة ما ظرفا استثنائيا أن تتصف هذه الواقعة بالشذوذ وعدم الاعتياد ، ومخالفة المألوف والمعتاد من الأمور كحالة الحرب أو قيام ثورة داخلية أو حدوث فيضانات أو كوارث طبيعية أو اندلاع مظاهرات . ومع ذلك فلا يشترط في الحالة الشاذة غير المألوفة التي تمثل الظرف الاستثنائي أن تكون عامة شاملة لجميع أنحاء البلاد ، وانما يكفي أن تكون محيطة بالحالة التي تصرفت الادارة لتلافيها كاجتياح فيضان اقليما معينا ، أو وقوع حوادث شغب أو اضرابات في احدى المدن دون أن تمتد الى سائر مدن وأقاليم الدولة ، وأيضا فقد تقوم الحالة غير المألوفة في جميع أنحاء البلاد ، ولكن لا يتطلب الأمر اتخاذ تدابير استثنائية الا في منطقة أو مناطق معينة بالذات[1] .

ومن ناحية أخرى يشترط أيضا أن يترتب على قيام الحالة الشاذة غير المألوفة — حتى يمكن اعتبارها ظرفا استثنائيا — تعرض المصلحة العامة للخطر ، كتهديد مصالح الدفاع القومي أو توقف استمرار السير المنتظم للمرافق العامة ، أو الاخلال بالأمن العام[2] . وقد جرى

---

(١) د . عبدالحميد حشيش — مبادئ القضاء الاداري — المجلد الأول ص ٩٧ ، ٩٨ . وانظر حكم المحكمة الادارية العليا في القضيتين رقم ٩٥٦ ورقم ٩٥٨ للسنة الخامسة القضائية بتاريخ ١٤/٤/١٩٦٢م سبق الاشارة اليه .

(٢) د . أحمد مدحت علي : رسالته للدكتوراه سابق الاشارة اليها ص ٢٧٥ ومابعدها . د . وحيد رأفت — المصدر السابق ص ٢١٤ . وانظر حكم محكمة القضاء الاداري في القضية رقم ٨٨٨٩ للسنة الثانية القضائية بتاريخ ١/١١/١٩٥٥م — المجموعة — السنة العاشرة ص ١٧ . حيث قررت أن استناد الأمر الصادر من وزير الداخلية باعتقال المدعي عسكريا الى خطورته على الأمن العام

القضاء على عدم اشتراط أن يكون تهديد المصلحة العامة بالخطر فـــي هذه الحالات مؤكد الحدوث ، فيكفي مجرد احتمال وقوعه حتى تعتبر الحالة الشاذة ظرفا استثنائيا •

وتطبيقا لذلك فقد أجاز القضاء امتناع الادارة عن تنفيـــــذ الأحكام القضائية النهائية ، اذا كان من شأن ذلك أن يؤدى الى احتمال تعرض الأمن والنظام العام للاضطراب [1] ، أو تعطيل سير مرفق عام [2] •

= وكثرة سوابقه الجنائية وخطورتها تبرر اعتقاله • وانظر حكم المحكمة الادارية العليا في الطعنين رقم ١١٤٦ لسنة الثانية القضائية و ٣٨٢ للسنة التاسعة القضائية بتاريخ ١٩٦٤/١/٤ — المجموعة — السنة التاسعة ص ٢٩٣ • حيث قضت بشرعية قـــرار أصدره الحاكم العسكرى بالاستيلاء على عقار لتشغله احدى المدارس رغم وجود قانون خاص ينظم الاستيلاء على العقارات اللازمة لـوزارة التربية والتعليم ، وذلك على أساس أن الدوافع وراء هذا الاجراء كان لتدارك تعطل طلبة المدارس عن الاستمرار في دراستهـم ، وما يؤدى اليه ذلك من اضطراب سير مرفق التعليم الذى يعـد من المرافق العامة ذات الأهمية الكبرى التى يجب العمل علـــى سيرها باطراد وانتظام ، حتى يستتب الأمن العام ويتوافر الشعور بالطمأنينة لدى الناس •

(١) يراجع حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٩٢٣/١١/٣٠ م فى قضية " كويتياس " • سبقت الاشارة اليه • حيث قرر المجلس أنه لما كانت الادارة تختص بالمحافظة على الأمن والنظام العام ، فانها تترخص فى تقدير تنفيذ الأحكام القضائية النهائية فيحق لها الامتناع عن هذا التنفيذ اذا رأت أنه قد يثير اضطرابات تهـدد النظام والأمن •

(٢) يراجع حكم المحكمة الادارية العليا فى الطعن رقم ٢٢٤ للســـنة الرابعة القضائية بجلسة ١٩٦١/١٢/٢٣ م — المجموعة — السنة السابعة ص ١١٢ حيث قررت أنه : " ولئن كان لا يجوز للقـــرار الادارى فى الأصل أن يعطل تنفيذ حكم قضائى والا كان مخالفا =

هذا ويلاحظ أن تقدير كون الحالة الشاذة غير المألوفة ظرفا استثنائيا من عدمه ، وتحديد الخطورة التي تنطوى عليه وما اذا كانت تنصب على مصلحة عامة من عدمه هى مسائل تقديرية تخضع لمطلق سلطة القاضى وتقديره فى ضوء الظروف الزمانية والمكانية والملابسات المحيطة بالواقعة المعروضة عليه ، بحيث اذا تبين للقاضى عدم تحقق الظرف الاستثنائى أو الخطر على المصلحة العامة الذى تدعيه الادارة لتبرير ما اتخذته من اجراءات فانه يحكم بالغاء هذه الاجراءات.(١)

= للقانون ، الا اذا كان يترتب على تنفيذه فورا اخلال خطير بالصالح العام يتعذر تداركه كحدوث فتنة أو تعطيل سير مرفق عام ، فيرجح عندئذ الصالح العام على الصالح الخاص . وانظر فى نفس المعنى تقريبا حكم ذات المحكمة فى الطعن رقم ٧٢٤ للسنة الثالثة القضائية بتاريخ ١٠/١/١٩٥٩م - المجموعة - السنة الرابعة ص ٥٢٣ .

(١) تطبيقا لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسى فى حكمه الصادر بتاريخ ٢٨/٢/٥٠ فى قضية " Chauvet " ببطلان القرار الذى أصدره الحاكم العام للهند الصينية بتاريخ ٢٨/٥/١٩٤٦م بالغاء العمل بقانون صادر بتاريخ ١٨/٢/١٩٤٣م استنادا الى أن حالة الحرب التى كانت قائمة فى المنطقة فى تاريخ صدور قرار الحاكم العسكرى العام ، غير كافية لتبرير ممارسة سلطة استثنائية لا تسمح بها القوانين السارية وهى الغاء قانون بقرار ادارى . (مجموعة أحكام مجلس الدولة الفرنسى ص ٨٥) .

- كما قضت محكمة القضاء الادارى فى الدعوى رقم ٨٦٩ للسنة الرابعة عشر القضائية بجلسة ١٨/٤/٦١ ١٩م - المجموعة - السنة الخامسة عشر ص ٢١٥ بالغاء قرار لوزير الداخلية باعتقال أحد الأشخاص بعد أن نسب اليه سوء السيرة والسمعة وخطورته على الأمن - على أساس عدم صحة الوقائع التى ذكرتها الادارة لتبرير قرار الاعتقال ، وتحوله بالتالى الى قرار غير مشروع لافتقاده الى سبب صحيح .

ويلاحظ أن صفة الظروف تختلف من حالة الى أخرى بمعنى أن ظروفا معينة قد تعتبر استثنائية بالنسبة لقرار اداري ولكنها قد تعتبر عادية بالنسبة لقرار آخر وذلك لتعدد وتنوع الظروف المودية لنظرية الضرورة

ثانيا – ضرورة الاجراء الاستثنائي لمواجهة الظرف الاستثنائي :

استقر القضاء الاداري سواء في فرنسا أو مصر على اشتراط أن يكون الاجراء الاستثنائي الصادر من الادارة لمواجهة الحالة الشاذة غير المألوفة التي تمثل الظرف الاستثنائي ، هو الوسيلة الوحيدة لمواجهة هذه الحالة (١) ، بمعنى أنه يشترط أن يتعذر على الادارة ويستحيل عليها (٢) أن تواجه المصاعب الناجمة عن هذه الحالة من خلال اتخاذ الاجراءات القانونية المخولة لها بموجب القوانين المعدة للأوقات العادية . وترتيبا على ذلك فاذا ما تبين للقاضي أن الادارة كان يمكنها مواجهة الظرف الاستثنائي من خلال القوانين السارية الموضوعة للأوقات العادية ، فانه لا يعتد بالاجراءات التي اتخذتها الادارة على خلاف ذلك ، ويقضي

---

(١) انظر حكم محكمة القضاء الاداري في القضية رقم ٥٨٧ للسنة الخامسة القضائية بتاريخ ١٩٥١/٦/٢٦م سبق الاشارة اليه .
وكذا حكم المحكمة الادارية العليا في القضيتين ٩٥٦ ، ٩٥٨ للسنة الخامسة القضائية بتاريخ ١٤/٤/١٩٦٢م سبق الاشارة اليه ، حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٩١٥/٦/٣٠ في قضية الجنرال " Verrier " سبق الاشارة اليه . حيث قرر المجلس شرعية احالة الضابط المذكور الى المعاش رغم عدم اتباع الاجراءات التي ينص عليها القانون ، تأسيسا على أن ظروف الحرب قد جعلت من المتعذر أن تتبع هذه الاجراءات .

(٢) د . عبدالحميد حشيش : مبادئ القضاء الاداري – المجلد الأول – ص ٩٨ ، د . أحمد مدحت علي : المرجع السابق ص ٢٧٣ وما بعدها ، حيث يفرق بين التعذر والاستحالة المطلقة ، فيذكر أن التعذر أحد أركان الظرف الاستثنائي في الواقعة ويمثل مجرد صعوبة بسيطة في =

ببطلانها أو الغائها والقضاء هو الذي يملك تقدير ذلك •

وقد قرر مجلس الدولة الفرنسي في أحد أحكامه تطبيقا لذلك الغاء قرار اداري مخالف للقانون أصدره حاكم الهند الصينية في ظل توافر ظرف استثنائي ، على أساس أن السلطات والوسائل التي يملكها الحاكم بموجب القوانين القائمة كانت تكفي لمواجهة متطلبات هذا الظرف ، دون حاجة الى تجاوز نطاق اختصاصاته المقررة في هذه القوانين(١) • كما ذهبت الى ذلك أيضا محكمة القضاء الاداري في مصر حيث قررت في أحد أحكامها الغاء قرار أصدره محافظ سيناء باعتقال شخص اتهم بقيامه ببيع أجهزة الراديو للأهالي بطريقة انطوت على غبن واحتيال عليهم واستغلال غير مشروع ، وذلك رغم اعتراف المحكمة بتوافر ظروف استثنائية في المحافظة في ذلك الوقت ، وقد استندت المحكمة في الغائها لقرار المحافظ الى أنه كان يمكن حماية الأهالي من أعمال المدعي باتباع الوسائل القانونية المعروفة من تحرير محاضر ضده وتقديمه للمحاكمة وفقا للقوانين واللوائح المعمول بها ، ثم تنفيذ ما يصدر في هذه المحاضر من أحكام قضائية(٢) • وفي نفس المعنى قالت محكمة القضاء الاداري أيضا " أن اجراءات الاعتقال وتحديد الاقامة يجب أن لا يلجأ اليها الا عند الضرورة القصوى التي يستعصى فيها اللجوء الى الاجراءات العادية ، لما في ذلك من

= حين أن الاستحالة المطلقة هي أحد أركان القوة القاهرة التي قد تعفى الملتزم من تنفيذ التزامه وهي ليست مطلوبة للظرف الاستثنائي •

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ ١٩٥٨/١/٣١م في قضية " - Chambre Syndicale du commerce d'Importation en Indochine

(٢) حكم محكمة القضاء الاداري في القضية رقم ٤٤ للسنة الثانية عشر القضائية بتاريخ ١٩٦٧/١٠/٣١م - المجموعة الثلاثية ٦٦ / ١٩٦٨م ص ٦٣ •

مساس بالحرية الشخصية . ومن ثم فان اثراء المدعى وما أثارته مذكرة المباحث العامة من شكوك فى هذا السبيل لا يسوغ استعمال السلطة الاستثنائية فى الاعتقال وتحديد الاقامة ، اذ أن الاجراءات التى رسمها القانون — ان كان ثمة جريمة — كفيلة بذلك "(١).

ثالثا — ملاءمة الظرف الاستثنائى لمواجهة الظروف الاستثنائية :

يشترط القضاء أن تكون الاجراءات الاستثنائية التى اتخذتها الادارة لمواجهة الظرف الاستثنائى — بالمخالفة للقوانين القائمة — ملائمة ومتناسبة مع متطلبات مواجهة ذلك الظرف ، وتقوم خطة القضاء فى هذا المجال على القاعدة الأصولية التى تقرر أن الضرورة تقدر بقدرها(٢) . ومن ثم فقد جرى القضاء على التحقق من مدى ملاءمة الاجراء الاستثنائى الذى اتخذته الادارة لمواجهة الظرف الاستثنائى الذى تعالجه ، فلا يسوغ للادارة أن تلجأ الى اجراءات مفرطة فى شذوذها ، فى حين أنه كان فى امكانها تحقيق هذا الهدف باجراءات استثنائية أخرى أقل عدوانا على الشرعية(٣) .

---

(١) حكم محكمة القضاء الادارى فى القضية رقم ٥٠٢٤ للسنة الثامنة القضائية بجلسة ١٩٥٦/١/٣م سبق الاشارة اليه .

(٢) انظر حكم محكمة القضاء الادارى فى القضية رقم ٥٨٧ للسنة الخامسة القضائية بجلسة ١٩٥١/٦/٢٦ . سبق الاشارة اليه . وأيضا حكم المحكمة الادارية العليا فى القضيتين رقم ٤٤٤ للسنة السابعة القضائية ، ورقم ٧٣٠ للسنة الثامنة القضائية بتاريخ ١٩٦٦/١/٢٦م — سبق الاشارة اليه .

(٣) انظر فى هذا المعنى :
د . عبد الحميد حشيش — مبادئ القضاء الادارى — المجلد الأول ص ٩٩ ، د . أحمد مدحت على : المرجع السابق ص ٣٢٥ .
د . وحيد رأفت — المصدر السابق ص ٢١٥ .

وتطبيقا لذلك فقد ألغى مجلس الدولة الفرنسي قرارا لرئيس الجمهورية بانشاء محكمة عسكرية خاصة لمحاكمة المتهمين في التمرد الذى قام به الجيش الفرنسي المرابط في الجزائر بتاريخ ٢١/٤/١٩٦١م وحظر الطعن في أحكامها بأى وجه من الوجوه ، وأسس المجلس حكمه على مخالفة القرار المطعون فيه لقانون العقوبات ، واعتدائه على الضمانات المقررة لحق الدفاع ، في الوقت الذى لم يثبت فيه أن الظروف الناتجة عن تمرد الجيش قد تطلبت انشاء مثل هذه المحكمة (١) .

كما قررت المحكمة الادارية العليا أن المناط في شرعية التصرف أو القرار الاستثنائي الذى تتخذه الادارة لمواجهة الظرف الاستثنائي " هو أن يكون التصرف لازما لمواجهة حالات معينة من دفع خطر جسيم يهدد الأمن والنظام ، باعتبار هذا الاجراء الوسيلة الوحيدة لمنع الضرر ، وللقضاء الحق في الرقابة على قيام هذا المسوغ أو عدم قيامه ، فاذا ثبتت جدية الأسباب التي تبرر هذا التدخل كان القرار بمنجاة من أى طعن ، أما اذا اتضح أن الأسباب لم تكن جدية ولم يكن فيها من الأهمية الحقيقية ما يسوغ التدخل لتقييد الحريات كان القرار باطلا "(٢) .

ويشترط أن يقتصر الاجراء الاستثنائي الذى تتخذه الادارة على القدر الضرورى اللازم لمواجهة الظرف الاستثنائي ومتطلباته ، وتطبيقا لذلك قررت محكمة القضاء الادارى أن لجهة الادارة " أن تتخذ من التدابير الضرورية والمجدية ما تدفع به خطرا محققا يهدد النظام العام الضبطي في أحد مدلولاته الثلاثة المعروفة وهى : الأمن العام

---

(١) C.E. , 19/10/1962 , Canal , " Les grands arrêts " , 5° éd. P : 504 .

(٢) القضية رقم ١٥١٧ للسنة الثانية القضائية بجلسة ١٢/٤/١٩٥٧ المجموعة — السنة الثانية ص ٨٦٨ .

أو السكينة العامة أو الصحة العامة ، ولو أدى ذلك الى تقييد بعض الحريات العامة بالقدر الذى يتناسب مع دفع هذا الخطر ، وبحيث تقدر الضرورة بقدرها دون افراط أو اغراق فى نقص " وأضافت المحكمة قائلة فى نفس الحكم أنه يتعين على قاضى الموضوع أن يتحقق من وجود الخطر الذى يهدد النظام العام الضبطى فى مدلوله العام ، ومن أن التدابير التى تتخذها جهة الادارة لدرء هذا الخطر ضرورية ومجدية بالقدر الذى يتناسب معه "(١) .

كما قررت المحكمة فى حكم آخر : " أن اجراءات الاعتقال وتحديد الاقامة يجب أن لا يلجأ اليها الا عند الضرورة القصوى التى يستعصى فيها اللجوء الى الاجراءات العادية ، لما فى ذلك من مساس بالحرية الشخصية ، وأن يكون ذلك بالقدر الضرورى اللازم للمحافظة على الأمن العام "(٢) .

وقد أيدت هذا الاتجاه أيضا المحكمة الادارية العليا حيث قررت مشروعية قرار الحاكم العسكرى بتوزيع الانتفاع بمياه العيون الموجودة فى احدى المناطق السورية المتاخمة للأرض المحتلة ، رغم عدم استناده الى نص فى قانون الأحكام العرفية ، تأسيسا على أن الظروف الاستثنائية القائمة قد تطلبت اتخاذ هذا الاجراء الذى لم يجاوز الحدود

---

(١) حكم محكمة القضاء الادارى فى القضية رقم ١٢٨٨ للسنة الحادية والعشرين القضائية بتاريخ ٣/٦/١٩٦٩م — المجموعة الثلاثية ٦٦/١٩٦٨م ص ٧٤١ .

(٢) حكم محكمة القضاء الادارى فى القضية رقم ٥٠٧٤ للسنة الثامنة القضائية بجلسة ٣/١/١٩٥٦م سبق الاشارة اليه .

الضرورية اللازمة لصون الأمن واستقراره فى هذه المنطقة [1]. ولا ينبغى أن يتعدى الظرف الاستثنائى فترة قيامه ، اذ يجب أن ينتهى بانتهائه ، وتطبيقا لذلك فقد قرر مجلس الدولة الفرنسى فى قضية " أن الاجراءات الاستثنائية التى اتخذها وزير الحربية - منشور يقضى باحالة جميع الضباط غير التابعين لجيش الحكومة المؤقتة للجمهورية الى الاستيداع خلافا لقانون سابق يقضى بعدم احالة الضباط الى الاستيداع الا بعد مواجهة - والتى كان يجب أن يصدر بها تشريع ، يتعين أن يوقف العمل بها فور انتهاء الظروف الاستثنائية التى أدت الى تعذر ممارسة السلطة التشريعية لأعباء وظيفتها التشريعية [2]. وفى مصر قضت محكمة القضاء الادارى أنه برفع الأحكام العرفية يزول كل أثر لها وتعود للأفراد حرياتهم الشخصية كاملة ، وكل قيد كان قد فرض على هذه الحرية يسقط بزوال سنده ، فاذا عاد المدعى الى مصر فى ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٥١م وكانت الأحكام العرفية قد رفعت ، وزال كل قيد على حق التنقل كان قد فرضه الحاكم العسكرى استنادا الى قيامها ، فان الأمر السابق بتحديد محل اقامة المدعى قد سقط ، وعادت اليه حرية التنقل كاملة " [3].

هذا ويجب أن يكون هدف السلطات العامة من اتخاذها للاجراء الاستثنائى فى مواجهة الظرف الاستثنائى هو تحقيق المصلحة العامة

---

(١) حكم المحكمة الادارية العليا فى القضية رقم ٦٧ (دمشق) للسنة الثانية القضائية بجلسة ١٣/٥/١٩٦١م - المجموعة - السنة السادسة ص ١٠٢٠.

(٢) C.E. I6/4/I948 , Laugier , Sirey , I948 , T : III 36 . voir M. Letourneur .

(٣) حكم محكمة القضاء الادارى فى القضية رقم ٧٧٢ للسنة السابعة القضائية بتاريخ ١/٢/١٩٥٤م - المجموعة - السنة الثامنة ص ٥٦٩.

وحدها ، فاذا تبين للقضاء أن الادارة قد تنكبت سبيل المصلحة العامة وأن هدفها من الاجراء الاستثنائي هو تحقيق مصلحة خاصة ، فان تصرفها في هذه الحالة يقع باطلا ويتعين الغاؤه[1] . والواقع أن استهداف المصلحة العامة هو شرط عام يهيمن على جميع تصرفات الادارة حتى ولو لم ينص عليها المشرع صراحة[2] .

رابعا ـ شرعية الاجراء الاستثنائي لا تمنع قيام مسئولية الادارة بالتعويض :

يمتنع على القضاء الغاء الاجراء الاستثنائي اذا كان مشروعا ، بالنظر الى الظروف الاستثنائية التي يواجهها ، ولكن ذلك لا يمنع القضاء من الزام الادارة بتعويض الضرر الذي يصيب صاحب الشأن من الاجراء الاستثنائي ، اذا كان لذلك وجه[3] . وتطبيقا لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي في قضية "كويتياس" في ١٩٢٣/١١/٣٠م ، وقضية شركة أوراق ومطبوعات سان شارل في ١٩٣٨/٦/٣م[4] ، بالتعويض

---

(١) حكم المحكمة الادارية العليا في القضيتين رقم ٩٥٦ للسنة الخامسة القضائية ورقم ٩٥٨ للسنة السابعة القضائية بتاريخ ١٩٦٢/٤/١٤ . سبق الاشارة اليه .
وحكم ذات المحكمة في القضية رقم ١٣٠٩ للسنة الثانية عشر القضائية بجلسة ١٩٦٧/٢/١٨م ـ المجموعة ـ السنة الثانية عشر ص ٦٦٤ ، حيث قررت بطلان قرار محافظ الشرقية بالاستيلاء على عقار ، تأسيسا على أن القرار لم يكن يستهدف تحقيق مصلحة عامة وانما يستهدف تحقيق مصلحة مالية بحتة للمحافظ .

(٢) د . سليمان الطماوي : النظرية العامة للقرارات الادارية ص ٢٢٣ .

(٣) انظر في هذا المعنى د . محمود حلمي : نشاط الادارة ص ٤٤ .

(٤) سبق الاشارة اليهما . يراجع ص ١٠٠ ، ص ١٥٤ .

للمدعين في القضيتين رغم تسليمه بشرعية الاجراءات الاستثنائية التي اتخذتها الادارة في كل منهما ، كما قررت المحكمة الادارية العليا في ذلك بأنه " ولئن كان الأصل أنه لا يجوز للقرار الاداري أن يعطل تنفيذ حكم قضائي والا كان مخالفا للقانون ، الا أنه اذا كان يترتب على تنفيذه فورا اخلال خطير بالصالح العام يتعذر تداركه لحدوث فتنة أو تعطيل سير مرفق عام ، فيرجح حينئذ الصالح العام على الصالح الخاص ، ولكن بمراعاة أن الضرورة تقدر بقدرها فيعوض صاحب الشأن اذا كان لذلك وجه "[1] .

هذا ويثور التساؤل حول تحديد أساس مسئولية الادارة بالتعويض عن الاجراء الاستثنائي اذا ما قام مشروعا بالنسبة للظروف الاستثنائية التي يواجهها ، اذ أن التسليم بشرعية الاجراء الاستثنائي ينفي ركن الخطأ من جانب الادارة ، وبالتالي فان الزامها بالتعويض مع ذلك يعني قيام مسئوليتها دون خطأ ، لأن اعمال القواعد العامة للمسئولية في هذه الحالة تقضي بعدم وجود أي وجه للتعويض حيث أن المسئولية بحسب الأصل لا تقوم بدون خطأ . وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي الى تقرير مسئولية الادارة بدون خطأ في الظروف الاستثنائية على أساس فكرة المخاطر وتحمل التبعة[2] . بالنظر الى

---

(١) حكم المحكمة الادارية العليا في القضية رقم ٧٢٤ للسنة الثالثة القضائية بجلسة ١/١/١٩٥٩م . سبق الاشارة اليه .

(٢) للمزيد من التفصيل :
د . سعاد الشرقاوي : المسئولية الادارية ص ١٢١ ومابعدها تحت عنوان " مسئولية الادارة دون خطأ من موظفيها " ويراجع بصفة خاصة ص ١٥٨ ومابعدها .
د . سليمان الطماوي : الوجيز في القضاء الاداري ص ٦٧٩ وما بعدها ، ولاحظ بصفة خاصة ص ٦٩٦ وما بعدها .

أنه يجب على الجماعة أن تتحمل مخاطر نشاط الادارة الاستثنائى اذا ما أصاب بعض الأفراد بأضرار ، لأن الادارة ما قامت به الا لصالح المجموع ، وبالتالى فيجب أن لا يتحمل غرمه أفراد قلائل من بينهم ، بل يجب أن تتوزع أعباؤه على الجميع ، بحيث تتحمل خزانة الدولة مبلغ التعويض الذى يزيد عن القدر الذى يجب أن يتحمله من أصابه الضرر ، ويكون هذا المبلغ بمثابة التوفيق العادل بين ضرورة التعويض عن الضرر وبين الحكم بمشروعية الاجراء الاستثنائى [1] . ويشترط مجلس الدولة الفرنسى فى كل الأحوال للحكم بالتعويض على أساس فكرة المخاطر وتحمل التبعة أن يكون الضرر الذى لحق ذوى الشأن من الاجراء الاستثنائى خاصا بفرد أو بعدد من الأفراد وأن يكون جسيما بصورة غير عادية .

وقد ذهب القضاء الادارى فى مصر فى البداية الى مسايرة القضاء الفرنسى فى تقرير مسئولية الدولة دون خطأ فى الظروف الاستثنائية على أساس فكرة المخاطر وتحمل التبعة ، وان لم يقض بالتعويض فى الوقائع التى عرضت عليه فى هذا الصدد ، على أساس عدم توافر شروطه طبقا لفكرة المخاطر ، وقالت محكمة القضاء الادارى فى ذلك : " ومن حيث أن المدعية ذهبت أخيرا الى الاستناد تأييدا لحقها فى التعويض الى المبدأ القائل بوجوب تحمل الدولة مخاطر نشاطها الادارى ، ولو لم يقع منها خطأ ، وهو استناد فى غير محله ، لأن مناط تطبيق المبدأ المتقدم حسبما استقر عليه رأى الفقه وأحكام مجلس الدولة فى فرنسا توافر ثلاثة أمور هى : أن يكون الضرر ماديا وخاصا واستثنائيا ، وهذا الأمر الأخير غير متوافر فى حالة هذه الدعوى ، لأن الضرر لا يكون

---

(١) د. أحمد مدحت على : المرجع السابق ص ٣١٣ ، ٣١٤ .

استثنائيا الا اذا جاوز المضار العادية ، وكان دائما ، أما ما أصاب أرض المدعية من طغيان المياه عليها فهو من الأضرار العادية الوقتية التى يتوقعها أصحاب هذه الأطيان من سنة لأخرى بحكم موقعها فى مجرى النهر ، ولا يلبث ماؤها فيها طويلا ثم ينكشف عنها [1]. الا أن القضاء الادارى المصرى ما لبث أن تخلى تماما عن فكرة المخاطر وتحمل التبعة كأساس لتقرير مسئولية الادارة دون خطأ فى الظروف الاستثنائية ، مقررا أن مسئولية الادارة فى هذه الحالة لا تقوم كاملة الا اذا ارتكبت الادارة خطأ استثنائيا جسيما يرقى الى مرتبة العسف المتعمد والشطط المقصود المقترن بسوء القصد [2]. وقد استند القضاء الادارى المصرى فى تبرير استبعاده لفكرة المخاطر وتحمل التبعة الى أن نصوص القانون المدنى وقانون مجلس الدولة قاطعة فى الدلالة على أنها عالجت مسئولية الادارة على أساس قيام الخطأ فى تصرف الادارة وترتيبه الضرر ، وقيام علاقة السببية بين الخطأ والضرر ، وعلى ذلك فلا يمكن التسليم بقيام فكرة المخاطر وتحمل التبعة كأصل عام لمسئولية الادارة ، خاصة وأن المشرع قد أخذ بهذه الفكرة استثناء فى حالات محددة فلا يجب الامتداد بها لحالات أخرى

---

(١) حكم محكمة القضاء الادارى فى القضية رقم ٢٠ للسنة الأولى القضائية بجلسة ١١/٥/١٩٥٠ — المجموعة — السنة الرابعة ص ٧٢٧ .

(٢) انظر فى ذلك حكم محكمة القضاء الادارى فى القضية رقم ١٨٨٠ للسنة السادسة القضائية بتاريخ ١٨/٣/١٩٥٦م — المجموعة — السنة التاسعة ص ٢٥١ ، وحكم ذات المحكمة فى القضية رقم ٧ للسنة السابعة القضائية — المجموعة — السنة التاسعة ص ١٣٤ .

الا اذا وجد نص يقرر ذلك [1] . فاذا لم يوجد فلا يمكن قيام مسئولية الادارة على أساس فكرة المخاطر مهما بلغت جسامة الضرر الذى يلحق الفرد من تنفيذ تصرف الادارة [2] .

وهكذا يتضح مما سبق أنه على الرغم من رفض القضاء الادارى المصرى التسليم بفكرة المخاطر وتحمل التبعة - بدون نص - كأساس لمسئولية الادارة بالتعويض فى الظروف الاستثنائية - على خلاف مسلك مجلس الدولة الفرنسى ، الا أن النظرة المتأنية للشروط التى وضعها القضاء المصرى والفرنسى لالزام الادارة بالتعويض بدون خطأ فى الظروف الاستثنائية تكشف من جانب عن أن هذه الشروط تكاد تتطابق، كما تكشف من جانب آخر عن أن الهدف الأساسى من وراء اشتراطها هو تحقيق مصلحة الخزانة العامة وعدم ارهاق كاهلها . وفى ضوء ذلك فمن المناسب على مجلس الدولة المصرى أن يعيد النظر فى مسلكه من تأسيس مسئولية الادارة بدون خطأ فى الظروف الاستثنائية [3] .

---

(١) حكم محكمة القضاء الادارى فى القضية رقم ٦٨٠٩ للسنة الثامنة القضائية بجلسة ١٩٥٧/٦/٤م - المجموعة - السنة الحادية عشر ص ٥٠١ .
وكذا حكمها فى القضية رقم ١٥٢٥ للسنة السادسة بتاريخ ٣/٣/١٩٥٧م - المجموعة - السنة الحادية عشر ص ٢٣٩ .

(٢) حكم المحكمة الادارية العليا فى القضيتين رقم ٤٤٩ ، ٤٥٥ للسنة التاسعة القضائية بتاريخ ١٩٦٨/٦/٢٢م - المجموعة - السنة الثالثة عشر ص ١٠٥٩ .

(٣) كان هذا المسلك موضع نقد شديد من الفقه . انظر على سبيل المثال : د . سليمان الطماوى : الوجيز فى القضاء الادارى ص ٨٠٠ - ٨٠٣ ، د . سعاد الشرقاوى : المسئولية الادارية ص ١٦٣ .

لحماية مصالح الأفراد وتحقيق مبادئ العدالة والمساواة أمام الأعباء العامة ، وله الأسوة فى مسلك مجلس الدولة الفرنسى الذى استطاع من خلال الشروط التى وضعها لضبط فكرة المخاطر وتحمل التبعة الحد من حالات التعويض وتأمين خزانة الدولة .

نظرية الضرورة كموازنة لمبدأ الشرعية :

من العرض السابق يتبين أن نظرية الظروف الاستثنائية لا تعد ثغرة فى تطبيق مبدأ الشرعية أو خروجا عليه ، وانما هى بمثابة موازنة حقيقية لتطبيق المبدأ فى ظل الظروف الاستثنائية حيث يتاح للادارة التحرر على نحو كامل من احترام قواعد الشرعية الموضوعة لحكم الظروف العادية ، بالقدر اللازم لمواجهة الظروف الاستثنائية والتغلب عليها ، وذلك مع خضوع ما تجريه من اجراءات استثنائية لرقابة القضاء الغاء أو تعويضا ، وفق شرعية استثنائية من نفس نوع وطبيعة الظروف الاستثنائية ، تغاير تلك التى تحكم الادارة فى الظروف العادية ، وذلك على النحو الذى سبق الاشارة اليه عند تناول النظرية (١) ومع ذلك فان المنظور الواقعى فى مجال موازنات تطبيق مبدأ الشرعية فى الفقه والنظم الوضعية يكشف عن جريانهما على الأخذ بنظريتين أخريين فى هذا المجال بالاضافة الى نظرية الظروف الاستثنائية ، وهما

---

(١) للمزيد من التفصيل :
- أستاذنا الدكتور أحمد كمال أبو المجد - رقابة القضاء على أعمال الادارة العامة ص ٧٩ ومابعدها .
- دكتور حسن طاهر عبد الوهاب - رسالته المشار اليها ص ٦٧٣ ومابعدها .

نظرية السلطة التقديرية ونظرية أعمال السيادة . ولا تعتبر نظرية السلطة التقديرية في الواقع خروجا على قواعد الشرعية القائمة ، فضلا عن خضوع أعمال الادارة التى تصدرها بمقتضى سلطتها التقديرية لرقابة القضاء ، والذى يتم على نحو أو آخر فى اطار قواعد الشرعية القائمة ، وذلك بخلاف أعمال السيادة التى تعتبر بحق خروجا على مبدأ المشروعية واستثناء خطيرا عليه لذلك فهى لا تعد من موازنات مبدأ المشرعية .

والخلاصة فيما يتعلق بنظرية الضرورة أن حدود المشروعية المقررة فى الظروف الاستثنائية لابد وأن تختلف عن حدودها فى الظروف العادية بحيث تتسع لتشمل ما تستوجبه أحكام الضرورة على النحو الذى أشرنا اليه .

فالضرورة ترتيبا على ذلك ليس من شأنها أن تؤدى الى هدم مبدأ الشرعية كما أنها لا تتجاوز المبدأ تجاوزا كليا ، وانما يظل المبدأ قائما ، غاية الأمر أن المبدأ يتغير وضعه فى ظل الضرورة حيث يتسم بالمرونة ويتسع نطاقه بحيث يتلاءم مع الأوضاع الطارئة التى تواجه الادارة ، وتضطرها الى سلوك سبيل غير عادى للتغلب عليها ، والتخلص من خطرها وانقاذ الصالح العام من تهديدها (١) .

---

(١) د . محمود حافظ - القضاء الادارى - الطبعة السادسة ص ٤١ - ٤٤ .
د . يحى الجمل - نظرية الضرورة ص ٥٢ - ٥٣ .

الفصـــل الرابـــع

الحلول التشــريعية لنظريــة الضــرورة وآثارها

تختلف مناهج الدول فى تنظيمها لحالة الضرورة باختلاف النظام الدستورى فى كل دولة •

ويتجسد هذا الخلاف فى أمرين :

الأول : يتعلق بالوقت الذى تنظم فيه حالات الضرورة ، وعما اذا كان يجب أن يكون سابقا عليها أو معاصرا لها •

الثانى : فى الأداة أو السلطة التى تنظم الضرورة وعما اذا كان يتولاها المشرع الدستورى أو تقوم بها السلطة التشريعة أم السلطة التنفيذية •

وعلى ضوء هذا الاجمال نقسم هذا الفصل الى مبحثين :

المبحث الأول : فى الحلول التشريعية لنظرية الضرورة •

المبحث الثانى : فى آثار الضــرورة •

المبحــث الأول

الحلــول التشــريعية

أشرنا فيما سبق الى أن الأنظمة القانونية المختلفة اختلفت فى تنظيم الضرورة من ناحيتين الأولى وهى تتعلق بالوقت الذى يتعـين فيه تنظيم حالات الضرورة والثانية تتعلق بالأداة التى تنظم بها الضرورة وسوف نتناول هاتين المسألتين كل فى مطلب خاص ونخصص المطلــــب الثالث لبيان التطور التشريعى للقوانين المنظمة لحالات الضرورة فى مصر •

المطلب الأول

وقت تنظيم الضـــــــرورة

اختلفت الأنظمة القانونية فى تحديد الوقت الذى يتعين فيه تنظيم حالة الضرورة ، فبعض الدول تأخذ بنظام التشريع السابق لها بمعنى أن هذه الأنظمة تتوقع حالة الضرورة وتضع تشريعات مسبقة بناء على هذا التوقع ، وبعض الأنظمة الأخرى تأخذ بنظام التشريع المعاصر لحالات الضرورة فتواجه الضرورة بما يناسبها من اجراءات ووسائـل ، وهناك من الأنظمة ما تجمع بين الوسيلتين السابقتين فتضع الخطوط العريضة والمبادىء الأساسية للضرورة وتترك للأدارة التى تنظـم الضرورة مواجهة التفصيلات وهو ما يسمى بنظام التشريع المختلط .

وعلى ضوء ذلك يمكن تقسيم أساليب اتنظيم حالة الضرورة بالنظـر الى الوقت الذى يتم فيه هذا التنظيم الى ثلاثة أساليب :

الأسلوب الأول : نظام التشريع السابق .

الأسلوب الثانى : نظام التشريع المعاصر .

الأسلوب الثالث : نظام التشريع المختلط .

وسوف نتناول كل أسلوب من هذه الأساليب فى فرع خاص .

الفـــرع الأول

نظام التشريع السابق لحالة الضـــرورة

يقوم تنظيم حالة الضرورة فى هذه الحالة على توقع حالة الضـــرورة واعداد تشريعات مسبقة بحيث تكون موجودة ومعدة لها سلفا ، وبحيـــث تطبق بمجرد توافر شروط الضرورة المتوقعة أو أحد حالاتها ومبرراتها •

والنصوص الموجودة مقدما تستهدى بها سلطة الضرورة فـــى ممارستها لاختصاصاتها المقررة لحالة الضرورة ، مع ترك قدر واسع مـــن السلطة التقديرية للهيئة التنفيذية فى ممارسة هذه الاختصاصات ،وذلك لأنه مهما كان التوقيع دقيقا ومحكما فان التشريع المسبق لا يمكن أن يغطى كافة تفصيلات الظروف غير العادية المتوقعة لذلك يترك للسلطة التنفيذيـــة قدرا من الحرية والتقدير لمجابهة هذه التفصيلات •

هذا ويقوم تنظيم حالة الضرورة فى انجلترا على أساس وجود تشريـــع ســـابق •

والقانون المطبق فى انجلترا هو Emergency law I920 الصادر فى سنة ١٩٢٠ المعدل سنة ١٩٦٤ (1) Act I964

وبالنسبة لاعلان حالة الطوارئ فى انجلترا نص القانون فى الفصل الأول منه على أن : " للملكة اعلان حالة الطوارئ اذا ظهر فـــى أى وقت أو كان على وشك الظهور ، ان هناك ظروفا من طبيعتها تهديـــد

---

(١) صدر تعديل القانون سنة ١٩٦٤ بعـــنوان :

Re-enactement and Repeal Emergency power •

تأمين وتوزيع الطعام ،والماء ، والوقود ، أو الاضاءة أو وسائل القوى المحركة ، والتى من شأنها حرمان المجتمع أو أى جزء حيوى منه من مواد الحياة الضرورية . ولا يجوز نفاذ هذا الاعلان لأكثر من شهر واحد ، دون المبادرة باعلان جديد لها خلال تلك الفترة .

وحينما يتم اعلان حالة الطوارىء يجب عرض قرار اعلانها على البرلمان فورا ، واذا كان مجلسا البرلمان غير منعقدين لانفضاض الدورة أو تأجيلها فيجب دعوتهما للانعقاد خلال خمسة أيام ".

وبالنسبة لما تمارسه سلطة الطوارىء من اختصاصات استثنائية بموجب هذا القانون ، نص الفصل الثانى من القانون على أنه : "حينما يتم اعلان حالة الطوارىء وطيلة فترة نفاذها ، فان للملكة فى مجلسها اصدار اللوائح اللازمة لتأمين مواد الحياة الضرورية للمجتمع ، ويمكن تفويض وزير الداخلية ومصالح الحكومة الأخرى باصدار هذه اللوائح ، كما يمكن تفويض الذين يعملون فى خدمة الملكة أو باسمها ونيابة عنها فى اصدارها أيضا . وهذا التفويض فى الاختصاصات والواجبات يتم حسبما يتراءى للملكة من ضرورة المحافظة على الأمن وتأمين ضرورات الحياة للمجتمع ووسائل القوى المحركة والسلامة العامة ".

ولا تفرض اللوائح نظام التجنيد الاجبارى أو السيطرة على الصناعات، أو تغير قواعد الاجراءات الجنائية ، أو تعتبر الاشتراك فى الاضراب ، أو حث الغير على الاشتراك فيه بارادته عملا معاقبا عليه .

ويجب عرض كافة اللوائح على البرلمان فى أقرب وقت ممكن من تاريخ صدورها ، ويوقف نفاذها بعد مرور سبعة أيام من تاريخ عرضها على البرلمان ، ما لم يصدر مجلسا البرلمان باستمرار العمل بها .

ويمكن النص فى تلك اللوائح على تقديم المخالفين لها للمحاكمة أمام محاكم القضاء المستعجل ، ولا تتجاوز عقوبة مخالفة تلك اللوائح الحبس لمدة ثلاثة أشهر أو الغرامة التى مقدارها مائة جنيه استرلينى أو بهما معا ، مع التعويض عن أية مواد أو أموال اتلفت نتيجة ارتكاب تلك المخالفة ، ولا تغير اللوائح الاجراءات الجنائية أو تمنح الحق فى العقاب دون محاكمة (١) .

الفرع الثانى

نظام التشريعات المعاصرة لحالة الضرورة

ويقتضى هذا النظام لا تنظم الضرورة أو أحد تطبيقاتها بتشريعات جاهزة أو معدة مقدما ، بحيث انه كلما تعرضت الدولة لحالة من حالات الضرورة فانها تتخذ الاجراءات والوسائل اللازمة لمواجهتها تبعا للظروف وحسب ما تقتضيه الضرورة ، وعلى هذا تتنوع الأوامر والتدابير التى تصدرها سلطة الضرورة بتنوع الظروف والاحداث العارضة ، ويتفق هذا الاسلوب مع معارضى التنظيم المسبق للضرورة (٢) .

---

(١) راجع النص الكامل لقانون الطوارئ فى انجلترا والمعدل سنة ١٩٦٤
Act 1964
-Re=enactement and Repeat-Emergency power
فى مؤلف Hood Philips O.:
"Constitutional and Administrative Law-Sweet &Maxwell. LOndon 1983-p.514

(٢) الدكتور / زكريا محفوظ : حالة الطوارئ - منشأة المعارف بالأسكندرية سنة ١٩٦٦ - ص ١١٥ .
الدكتور / سامى جمال الدين : لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية - منشأة المعارف بالأسكندرية ١٩٨٢ - ص ٣٨ .

ومن الدول التى أخذت بنظام التشريع المعاصر لحالة الطوارئ :
الولايات المتحدة الأمريكية ، البرتغال ، بولندا ، اتحاد جنوب افريقيا ، الاتحاد السوفيتى ، الصين الشعبية ، الحبشة ، رومانيا ، الاردن .

هذا ولقد نهجت الولايات المتحدة الأمريكية أسلوب التشريعات المعاصرة Statutory war power لحالة الطوارئ أى سن تشريعات وقت نشوب الازمات طبقا للظروف التى تقتضيها بلا توسع مما يضمن عدم الاعتداء على الحقوق والحريات العامة .

هذا ويقضى دستور الولايات المتحدة الأمريكية فى الفقرة الثالثة من المادة الثانية بأن : " على الرئيس من وقت لآخر ابلاغ الكونجرس بالمعلومات عن حالة الاتحاد ويقدم له من أجل الدراسة توصيات بتلك الاجراءات التى يعتقد ضرورتها وملاءمتها .

وعلى هذا الأساس أصدر الكونجرس قانونا فى ٢٨ فبراير ١٧٩٥ بتخويل الرئيس Cleveland حق استدعاء الميليشيا عند تفاقم الاضطرابات ضد الحكومة الفيدرالية .

ولقد طبقت المحكمة العليا فى الولايات المتحدة الأمريكية القانون السابق على حالات الاضطرابات وقضت فى أحد أحكامها (١) الصادرة سنة

I- Debs . V.U.S. I58 (I890) " When ever the wrongs are suc as effect the public at large and are in respect of matters which by the consistution are entruste to the case of the Nation and Concerning which the Nation owes the dutyto all citizens of securing to them their common right .

سنة ١٨٩٥ : " بسلامة وقانونية سلطات الطوارئ التى فرضت لقمع اضراب عمال السكك الحديدية تأسيسا على أن الاضراب كان من شأنه الاضـــرار بمصالح الدولة بشكل جسيم ".

قوانين استثنائية The extraordinary power طلب رئيس الولايات المتحدة من الكونجرس اصدارها (١) .

فصدر خلال اعلان حالة الطوارئ :

- قانون الدفاع الوطنى National Defence خلال الحرب العالمية الأولـى .

ولقد صدر فى ٣ يناير سنة ١٩١٦ ثم صدر قانون مكمل له فـــى ٢ يوليو سنة ١٩١٧ .

- قانون التعبئة العامة صدر فى ١٨ مايو سنة ١٩١٧ .

- قانون الاستيلاء صدر فى ١٥ مايو ١٩١٧ ، ثم صدر قانون مكمل له فـى ٢٧ يوليو ١٩١٧ .

- قانون التموين . The lever food and fuel contmolact
وتم وصدر فى ١٧ أغسطس سنة ١٩١٧ .

---

(١) - Congressional Quarterly's : guide to U.S.A. Congre . 1973 . p : 216 .
The numerous powers conferred upon the preside by congress included power :
- To take over and operate enemy vessels for used .
- To regulate and prohibit exports .
- To requisition food , fuels and other supply necessary for any public us connected with Nation defense .

- قانون الخدمة العسكرية صدر في ١٨ مايو ١٩١٧ .

وخلال الحرب العالمية الثانية طلب الرئيس فرانكلين روزفلت اصدار عدة قوانين بعد اعلان حالة الطوارئ منها :

- قانون الاعارة والتأجير Lend and Lease صدر في ٢١ مارس ١٩٤١ .
- قانون سلطات الحرب الأول The first war power وصدر في ١٨ ديسمبر ١٩٤١ .
- قانون حق الامتياز priorities Act. صدر سنة ١٩٤١ .
- قانون الطوارئ The Emergency pric Contal Act. وصدر في ٣٠ يناير ١٩٤٢ .
- وقانون سلطات الحرب الثاني The second war power Act وصدر في ٢٧ مارس سنة ١٩٤٢ .
- وقانون اعمال المنازعات الحربية The war Labour Disputes وصدر في عام ١٩٤٣ .

الفرع الثالث

نظام التشريع المختلط لحالة الضرورة

ونظام التشريع المختلط لحالة الضرورة هو أسلوب وسط يجمع بين أسلوب التشريع السابق واسلوب التشريع المعاصر ، بحيث تطبق تشريعات معدة مقدما مع تشريعات أخرى تستمد وفقا لمقتضيات الأحوال .

وفي الواقع ان النظام المختلط يقترب من الأسلوب الأول الخاص بالتشريع السابق لذا فهو يلقى موافقة وتأييد مؤيدي الأسلوب الأول ،

اذ أنه من المسلم به أن من المستحيل التنبوء بكافة الظروف الاستثنائية وحالات الضرورة التى قد تتعرض لها البلاد ، ومن ثم فمن المستحيل تنظيم الآثار الملائمة لكافة الظروف سوى ما كان منها أمرا محتملا ، مثل الحروب والكوارث العامة والفتن الداخلية والأوبئة والأمراض وذلك حسب الظروف التى تتعلق بالدولة ولذلك فمن المحتمل دائما أن تتطلب ظروف معينة سلطات خاصة لا يتحدد مداها ونوعيتها الا ابان قيام حالة الضرورة فقط (١) .

هذا وبالاضافة لاسلوب التشريعات المعاصرة Statutory war power لحالة الطوارىء والتى سبق الاشارة اليه فى الولايات المتحدة الأمريكية، نجدها أيضا تأخذ بأسلوب التشريعات السابقة على نشوء الظروف الاستثنائية وذلك تطبيقا لما نص عليه دستور الولايات المتحدة الأمريكية فى فقرته الثامنة من المادة الأولى من أن : " للكونجرس سلطة وضع جميع القوانين التى تكون ضرورية ومناسبة للقيام بتنفيذ سلطات الكونجرس وجميع السلطات الأخرى المخولة بواسطة هذا الدستور لحكومة الولايات المتحدة أو لأى ادارة أو موظف تابع لها "(٢) .

---

(١) الدكتور/ سامى جمال الدين : لوائح الضرورة ـ المرجع السابق ص٣٩.

(٢) Art I . sect: 8. cl : I8.

The congress shall have the power to make all laws which shall be necessary and proper " for carring into execution the foregaing powers and all other powers veseted by this constitution in the governement of the United States , or in any departement or officer there of " .

وبناء على المادة السابقة وخاصة فى فقرتها الخاصة بالضرورى والمناسب Necessary and proper أصدر الكونجرس تشريعات عادية لتنظيم الاختصاصات التى يمارسها الرئيس بصفة آلية Automatically invested فى حالة الطوارىء ، وهى اختصاصات قائمة على وجه دائم لتطبق تلقائيا فور اعلان حالة الحرب أو الطوارىء .

ومن أمثلة أهم التشريعات التى أعدها الكونجرس الأمريكى طبقا لفقرة الضرورى والمناسب فى دستور الولايات المتحدة الأمريكية ونظمت الاختصاصات الاستثنائية للرئيس فى حالة الطوارىء :

- القانون رقم ٥٢٩٨ لسنة ١٨٦١ الذى منح الرئيس سلطة استعمال القوة العسكرية عند عدم كفاية الاجراءات القانونية العادية فى مواجهة حركات العصيان والمؤامرات والتجمهرات والتمرد على سلطان الحكومة .
- القانون رقم ١٢٥ لسنة ١٨٧٨ يحدد حق استعمال الرئيس للقوة العسكرية فى الحالات المحددة فى الدستور والتى يصدر بناء عليها قانون من الكونجرس(١) .

هذا ولقد لجأ الرئيس Thomas Jefferson الى القانونين ٥٢٩٨ لسنة ١٨٦١ ، ١٢٥ لسنة ١٨٧٨ ووضعهما موضع التنفيذ لمواجهة المؤامرات التى اكتشفت آنذاك .

---

(١) ونص القانون رقم ١٢٥ لسنة ١٨٧٨ على أن :

In such cases and under such circumstances as such employment said force may be expressly authorized by the constitution or by acte of congress .

ولجأ اليهما الرئيس Franklin pierce في مواجهـــة الاضطرابات وأعمال التمرد التي اجتاحت ولاية كانساس •

وقد استخدمهما الرئيس Abraham Lincoln حين اجتاحـت بعض الولايات الاضطرابات اذ وجد الرئيس لنكولن سلطتي القائــد الأعلى للقوات المسلحة powers of commander-in-chief • ومنفذ القوانين enforcer of laws بواسطة محاصرة الموانـي• وفرض القانون العسكري imposing martial law واصدار عقوبـات على أنواع الجرائم الجديدة : Creating and punishing new offenses thereunder • والاستيلاء على الصحف والأوراق من البريد excluding papers from the mails • ، وتحرير الرقيـــق freeing the slaves •

— وكل ما سبق يصدر بدون موافقة سابقة للكونجرس •

— وفي ٦ أغسطس سنة ١٩٦١ اصدر الكونجرس الامريكي قرارا بتفويـــض الرئيس في اتخاذ الاجراءات المناسبة(١) •

I- Guid to U.S. Congress : op.cit. p : 217 • (١)
Congress validated presedent actions by adopting a resolution - providing that : " All the acts, proclamations, and orders of the president respecting the army and navy of the United States, and calling out or relating to the militia or valunteers, are hereby approved and in all respects made valid as if they had been issued and done under the previous express authority and direction of the congress of the United States" •

هذا وتنظم التشريعات السابقة حالة الطوارئ المحــــــددة Limited Emergency • التى تطبق فى مناطق معينة ولاغــراض محــددة •

وتطبيقا لذلك أعلن الرئيس Franklin Roosevelt حالــة الطوارئ المحددة بالقرار رقم ٢٣٥٢ بتاريخ ٨ سبتمبر سنة ١٩٣٩ فور اعلان الحرب العالمية الثانية •

وتنظم هذه التشريعات السابقة أيضا حالة الطوارئ الشاملــــة Unlimited Emergency والتى لا تتحدد بنظام معين أو تتقيــــد بهدف محدد •

وتطبيقا لهذا أعلن الرئيس الأمريكى حالة الطوارئ الشاملة عنـد مساهمة الولايات المتحدة فى تلك الحرب بالقرار رقم ٣٤٨٧ لسنة ١٩٤١ بتاريخ ٢٧ مايو ١٩٤١ هذا ولقد طلب الرئيس جيمى كارتر من الكونجرس الأمريكى اصدار العديد من التشريعات السابقة على نشوء حالات الضرورة منهــا :

— قانون طوارئ الغاز الطبيعى ولقد صدر فى ٢ فبراير ١٩٧٧ برقم ٢ لسنة ١٩٧٧ ثم أصدر الرئيس الأمر التنفيذى رقم ١١٩٦٩ بتاريــــخ ٢ فبراير ١٩٧٧ ويفوض فيه سلطاته المخولة له فى القانون الى رئيس لجنة الطاقة الفدرالية •

— قوانين لمواجهة التضخم فى الولايات المتحدة الأمريكية •

المطلـب الثانـى

الاداة التي تتولى تنظيم حالة الضرورة

تختلف الاداة التى يتم بها تنظيم حالة الضرورة باختلاف النظـام الدستورى القائم فى كل دولة من الدول .

هذا وباستقراء الأنظمة الدستورية نجد أن الجهة التى تتولى تنظيم حالة الضرورة قد تكون :

١ - الدستور ذاتـه .

٢ - المشـرع العادى .

٣ - التنظيم الحكومى لحالات الضرورة .

وسوف نتناول كل مسألة من هذه المسائل فى فرع خاص .

الفـرع الأول

تنظيم الدسـتور لحالة الضـــرورة

اختلف الفقهاء فى جدوى ان يتصدى الدستور ذاته لتنظيم حالـة الضـرورة :

- فذهب جانب الى رفض تنظيم الضرورة دستوريا .

- وذهب جانب آخر الى تأييد وتحبيذ تنظيم الضرورة دستوريا .

وسنتكلم فيما يلى عن الاتجاهين :

I- Paul Leroy : " L'organisation constitutionnelle et les crises " . Thése , Grenoble . I963 . éd .- L.G.D.L. Paris . I966 . p : 33 . (١)

وترجم عنه ترجمة حرفية الدكتور يحى الجمل فى كتابه : " نظرية الضرورة فى القانون الدستورى " - المصدر السابق ص ١٠٦ ومابعدها .

الاتجاه الأول — رفض تنظيم حالة الضرورة فى الدستور :

ان تنظيم حالة الضرورة فى الدستور فيه خطورة على النظام الديمقراطى ذاته ، لأن هذا التنظيم اذا التجئ اليه قد يؤدى الى قيام نوع من الديكتاتورية تحت ستار أو سلاح النصوص الدستورية وفى حمايتها ،والسلطة تغرى بالسلطة واستمرار السلطة غير المقيدة التى قد تتفق جزئيا مع منطق حالة الضرورة قد يجعل الممارسين لتلك السلطة يسترسلون مع هذا التيار مما يهدد الحياة الدستورية والنظام الديمقراطى نفسه بمقتضى هذه القواعد ، وبذلك ينقلب تنظيم حالة الضرورة فى الدستور من وسيلة لحماية الدولة الى وسيلة لاقامة نوع من الديكتاتورية وممارسة الاستبداد.(١)

كذلك فمن الذى يضمن أن لا يستغل ذلك التنظيم الاستثنائى لحالة الضرورة ويجرى تطبيقه فى حالات لا ينطبق عليها فعلا وصف حالة الضرورة التى قصد اليها الدستور ولا يكون القصد الحقيقى من وراء اعمال ذلك التنظيم الاستثنائى هو حماية الدولة وانما حماية مجموعة من الحاكمين؟

ثم ان تنظيم حالة الضرورة فى الدستور قد يغرى الحاكمين بالاستناد اليها حتى وان كانت هناك مندوحة عنها ، بمعنى آخر قد يكون هناك نوع من الظروف غير العادية ولكنها لا تؤدى الى أن تجعل الدولة فعلا فى مواجهة خطر داهم يتعين معه الخروج على أحكام الدستور ولكن وجود تنظيم تشريعى لحالة الضرورة فى الدستور يجعل الاغراء باللجوء اليه — والخروج على الأحكام العادية بالتالى — أسهل مما لو لم يكن الدستور

═ ونقل عن سيادته بنفس الألفاظ الدكتور سامى جمال الدين : لوائح الضرورة — المرجع السابق ص ٣٥ ومابعدها .

(١) الدكتور يحى الجمل — المصدر السابق ص ١٠٦ .

قد تضمن تنظيما لهذه الحالة[١] .

فضلا عن أن تنظيم حالة الضرورة فى الدستور لا جدوى منه ولا فائدة لأن من الخصائص الأساسية التى تتسم بها حالة الضرورة أنها لا يمكن التنبوء به ولا يمكن الاعداد السابق الفعال لمواجهته . وكما يقول الفقيه Camus ان حالة الضرورة تفقد خاصية الضرورة بمجرد التوقع لها[٢].

الاتجاه الثانى _ ضرورة تنظيم حالة الضرورة فى الدستور :

لا شك أن فترات الازمات أمر لازم ولا مفر منه فى حياة الجماعات والدول . وان هذه الفترات لا يمكن اخضاعها لذات القواعد التى تخضع لها تلك الجماعات فى الأوقات العادية ولا شك أنه يوجد نوع من القواعد يتلائم مع فترات الازمات وقد عبر عن ذلك الفيلسوف الفرنسى جان جاك روسو[٣] بقوله : " ان اسبرطة نفسها تركت قوانينها تنام فى بعض الأحيان " .

" Sparte-elle-même a laissé dormir ses lois " .

(١) Leroy (P.) : " L'organisation constitutionnelle et les crises " . op.cit. p : 36 .

الدكتور يحى الجمل _ المرجع السابق ص ١٠٧ .

(٢) Geneviève Camus : " L'état de Necessité en démocratie " . Paris . 1965 . p : 194 ... Dit :-
" Il perd la qualification d'état de nécéssité partant du moment où il est prévu " .

(٣) J.J.Rousseau : Du contrat social . p : 323 .

ويرى الفقيه الفرنسى Barthemely أنـــه مــن الحكمـــــة أن يعد لحالة الضرورة عدتها مقدما [١] . وانه لابد من تنظيم يواجـــه امكانية احداث توازن جديد بين السلطات وبعضها ، تنظيم يتلائم مع تغيير السرعة ومع فرملة قيادة السيارة فى طريق محفوف بالمخاطر . وهـو يذهب بذلك الى ضرورة مواجهة حالات الضرورة والازمات سلفا واعـــداد التنظيم الذى يواجهها والذى يعيد ترتيب أوضاع السلطات العامـــة ترتيبا من شأنه ان يحافظ على سلامة الدولة وان يضمن لها الاستمرار وسط العواصـف .

ويذهب الفقيه J.Dabin الى أن الأوقات غير العادية تحتاج الى تنظيم غير عادى وانه من الملائم ان يكون هناك تنظيم كامل لســلطـات الدولة وكيفية عملها فى أوقات الخطر [٢] .

وان التنظيم المسبق فى الدستور لحالة الضرورة يساعد الدولة علـى مقاومة حدة الأزمة والتغلب عليها لأن فترات الأزمات لا يمكن تجنبها ولـذا فانه من الحكمة أن نضع لها من التنظيم فى الدستور ماتستحقه .

---

(١) P.J.Barthemely : " Le droit public en temps de guerre " . I9I5 . p : I44 . Dit : " L'homme qui réflèchit à l'avenir sur l'attitude qu'il aura dans les circonstances exceptionnelles fait oeuvre utile de prévoyance et sag " .

(٢) J.Dabin : " Doctrine générale de l'état " . Paris . I937 . p : 287 .

ـ الدكتور يحى الجمل ـ المصدر السابق ص ١١٢ .

الفــرع الثانــى

التشـــريع . La loi

يعرف العمل التشريعى من زاويتين موضوعية وشكلية .

فمن الناحية الموضوعية : التشريع هو : العمل القانونى الذى يتسم بطابع العمومية والتجريد ، بالمقابلة للعمل القانونى ذى الطابع الفردى ، مثل القرارات الادارية الفردية .

ويعرف التشريع من الناحية الشكلية بأنه : العمل القانونى الصادر من السلطة التى خولها الدستور حق التشريع — أى السلطة التشريعية — وفقا للاجراءات والأشكال المبينة به .

ويعول الفقه والقضاء ، بصفة أساسية ، على الضوابط الشكلية والموضوعية فى تعريف التشريع ، بعد أن كان الرجحان فيما مضى للمعيار الموضوعى .

فالتشريع العادى والمشرع البرلمانى العادى هو الذى يتولى وضع التنظيم الجيد لحالة الضرورة محددا بدقة مدى السلطات الاستثنائية ، وشروط استخدام سلطة الضرورة لها ، وآثار ذلك الاستخدام .

---

(١) Carré de Malberge : " La loi , expression de la vole " .

الدكتور عبد الحميد كمال حشيش : مبادئ القضاء الادارى — المجلد الأول — دار النهضة العربية ١٩٨٨ — ص ٤٤ .

ويفضل الفقيه الفرنسى Leroy التشريعات العادية التى تصدر عن البرلمان حتى تقيم توازنا بين المشروعية العادية ومقتضيات الضرورة[١].

وأيا كان الأمر كما يقول [٢] الدكتور سامى جمال الدين ، فان ما يتحقق عملا ، هو أن يقوم المشرع الدستورى بتنظيم بعض تطبيقات نظرية الضرورة التى تصل الى درجة من الخطورة والمساس بالمشروعية أو بالعلاقات الطبيعية بين السلطات العامة فى الدولة مايجعل من تركها لتقدير السلطة التشريعية وحدها أمرا غير مستساغ ومثيرا لعدم ارتياح السلطات الأخرى ، كما ينظم المشرع الدستورى كيفية قيام السلطة التشريعية بمنح الصلاحية للسلطة التنفيذية فى ظروف أخرى لتتجاوز بها سلطتها اللائحية الى حدود القانون، وهو أمر محرم على السلطة التشريعية دون سند دستورى ، وبذلك يأتى التنظيم البرلمانى لبعض تطبيقات نظرية الضرورة ليكمل ما بدأه الدستور من تنظيم ، بل وقد يشترك المشرع الدستورى مع المشرع البرلمانى فى تنظيم بعض من هذه الصور مثلما يحدث دائما فى تنظيم حالة الطوارىء[٣] .

---

(١) Leroy : " L'organisation constitutionnelle ". op.cit. p : 47 .

(٢) الدكتور / سامى جمال الدين : لوائح الضرورة _ منشأة المعارف بالأسكندرية ص ٣٩٠ .

(٣) للمزيد من التفصيل :
الدكتور سامى جمال الدين : لوائح الضرورة _ المرجع السابق ص ٤٠ .

الفـرع الثالـث

التنظيم الحكومى لحالات الضـرورة
أو التشريع عن طريق السلطة التنفيذيـــة

تستند الأحكام العامة للوائح الى مبدأ فصل السلطات ، فهـــى لا تطبق كاملة الا عند احترام هذا المبدأ . أما اذا انهار هذا المبـدأ نتيجة لانهيار الدستور ، فان السلطات تندمج ، وتتولى السلطة التنفيذية اصدار التشريعات اللازمة لتسيير دفة البلاد بقرارات منها [1] .

وقد حدث هذا فى مصر فى ظل الدستور ١٩٢٣ ، فقد عطل هذا الدستور عدة مرات ، بين سنة ١٩٢٨ وسنة ١٩٢٩ (وزارة محمد محمـود باشـا) وفى سنة ١٩٣٠ (وزارة اسماعيل صدقى) ومن ٣٠ نوفمبر سـنة ١٩٣٤ الى ٨ مايو ١٩٣٦ فى الفترة ما بين الغاء دستور سنة ١٩٣٠ ، وحتى العودة الى العمل بدستور سنة ١٩٢٣ .

وفى خلال هذه الفترات ، كانت التشريعات تصدر فى صورة مراسيم بقوانين لا تستند الى نص دستورى معين ، لان الدستور معطل ، وكانـت تصدر استنادا الى الأوامر الملكية التى قضت بتعطيل الدستور .

مثال ذلك :

- الأمر الملكى رقم ١٦ لسنة ١٩٢٨ الذى صدر فى عهد وزارة محمـد محمود الأولى بحل البرلمان لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديـــد ، وتعطيل الحياة النيابية .

---

(١) أستاذنا العميد الدكتور/ سليمان الطماوى : النظرية العامـــة للقرارات الادارية ــ الطبعة الخامسة ــ دار الفكر العربى ١٩٨٤ ص ٤٨١ .

وقد نص فى الأمر الملكى رقم ١٦ لسنة ١٩٢٨ على ما يلى :

" وأما السلطة التشريعية فى فترة الثلاث سنوات المذكورة فسنتولاها طبقا لحكم المادة ٤٨ من الدستور ، وذلك بمراسيم لها قوة القانون " .

وقد صدر المرسوم بقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٢٩ خاصا بحفظ النظام فى معاهد التعليم فى فترة تعطيل دستور سنة ١٩٢٣ .

ولما اجتمع البرلمان فى ١١ يناير سنة ١٩٣٠ قرر مجلس النـــواب بجلسة ٢٤ مارس سنة ١٩٣٠ ومجلس الشيوخ فى ٤ يونيو سنة ١٩٣٠ ابطال هذا المرسوم ولما أريد تطبيق هذا المرسوم على أحد المتهمين فى العمل تمسك المتهم بالغائه بناء على قرارى مجلس الشيوخ ومجلـــس النـــواب .

وقد أخذ الحكم الابتدائى بوجهة النظر هذه وأيدته المحكمـــة الاستئنافية ولكن محكمة النقض رفضت بحق أن تسلم بهذا الادعاء ، ذلك أن مجرد رفض أحد المجلسين لا يكفى لابطال المراسيم بقوانين وأنتهـــى حكم النقض الى أن : " تلك القوانين (المرسوم) كانت واستمرت وماتـزال حافظة لقوتها ونفاذها ، وصحة آثارها ، وانها لا يمكن تعديلهـــا أو الغائها الا بقانون يصدر من السلطة التشريعية "(١) .

وتصدق الأحكام السابقة على الفترة التى أعقبت انهيار دستور ســنة ١٩٢٣ فى ٢٣ يوليو ١٩٥٢ ، فقد وجدت البلاد فى حالة فـــــراغ دستورى الى أن صدر الاعلان الدستورى الخاص بنظام الحكم فى فـترة الانتقال فى ١٠ فبراير سنة ١٩٥٣ متضمنا بعض الأحكام الرئيسية المتى

---

(١) المجموعة الرسمية لسنة ١٩٣١ ص ٢٣٩ حيث نشر حكم محكمـــــة النقض الصادر بجلسة ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٠ .

التزمت قيادة الثورة بالسير على مقتضاها حتى نفاذ الدستور الجديد ٠
وبمقتضى المادة التاسعة من هذا الاعلان جعل لمجلس الوزراء سلطة اصدار القوانين بقرارات منه ، فتكون هذه القرارات هى قوانين بمعنى الكلمة ٠

واذا كانت المادة ١٩٦ من دستور سنة ١٩٥٦ قد نصت على أنه يعمل بهذا الدستور من تاريخ اعلان موافقة الشعب عليه فى الاستفتاء، فان أحكامه الخاصة بمجلس الأمة ظلت معطلة حتى تكون ذلك المجلس وبدأ فى ممارسة اختصاصاته التشريعية وغيرها ومن ثم فان مجلس قيادة الثورة قد خول بجلسته الأخيرة المنعقدة فى ٢٢ يونيه سنة ١٩٥٦ رئيس الجمهورية — خلال الفترة مابين تاريخ اعلان موافقة الشعب على الدستور فى الاستفتاء وانعقاد مجلس الأمة لأول مرة — ان يتخذ قرارات لها قوة القانون بشرط عدم مخالفتها للدستور ٠

وهذا هو الحكم أيضا بالنسبة الى القرارات بقوانين التى صدرت من رئيس الجمهورية منذ قيام الجمهورية العربية المتحدة فى فبراير سنة ١٩٥٨ حتى انعقاد مجلس الأمة فى ٢١ يوليو سنة ١٩٦٠ فان رئيس الجمهورية فى خلال تلك الفترة كان يمارس الوظيفة التشريعية نيابة عن مجلس الأمة ٠ ثم انتقلت سلطة التشريع مرة أخرى الى مجلس الرياسة وفقا للاعلان الدستورى الصادر فى ٢٧ سبتمبر سنة ١٩٦٢ ، وظل يمارسها حتى انعقاد مجلس الأمة فى ٢٦ مارس سنة ١٩٦٤ فى ظل دستور سنة ١٩٦٤ ٠

وفى جميع تلك الحالات ، ينعدم المعيار الشكلى الذى يعول عليه فى التمييز بين القوانين والقرارات ٠ وبالتالى تكون القرارات الادارية التى تصدر فى الحالات السابقة قوانين بكل مايترتب على هذه التسمية من أحكام ، وخصوصا فيما يتعلق بخضوعها لرقابة القضاء ٠

المطلب الثالث

التطور التشريعي للقوانين المنظمة لحالات الضرورة في مصر

أولا — القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٢٣ :

صدر أول قانون للاحكام العرفية في مصر بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٢٣ بتاريخ ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ ، ولقد عدل هذا القانون بالقوانين أرقام ٣٣ لسنة ١٩٤٠ و ٢١ لسنة ١٩٤١ و ٨١ لسنة ١٩٤٤ و ٧٣ لسنة ١٩٤٨ و ٥٩ لسنة ١٩٤٩ و ٦٤ لسنة ١٩٥٢ و ٥٤ لسنة ١٩٥٣ .

وتقضي المادة الأولى من القانون ١٥ لسنة ١٩٢٣ وتعديلاته بأنه :
" يجوز اعلان الأحكام العرفية كلما تعرض الأمن أو النظام العام في الأراضي المصرية أو في جهة منها للخطر ، سواء كان ذلك بسبب اغارة قوات العدو المسلحة أو بسبب وقوع أضطرابات داخلية .

هذا ولقد وضع القانون ١٥ لسنة ١٩٢٣ موضع التطبيق لأول مرة في أول سبتمبر سنة ١٩٣٩ حيث أعلنت الأحكام العرفية بمناسبة نشوب الحرب العالمية الثانية ، وبعد أن وضعت الحرب أوزارها .

وألغيت الأحكام العرفية بعد انتهاء الحرب وصدر مرسوم بنهاية العمل بقانون الأحكام العرفية في ٤ أكتوبر سنة ١٩٤٥ .

ثانيا — القانون رقم ٥٣٣ لسنة ١٩٥٤ بشأن الأحكام العرفية :

ألغى القانون ١٥ لسنة ١٩٢٣ وحل محله القانون رقم ٥٣٣ لسنة ١٩٥٤ بشأن الأحكام العرفية .

وبمقتضى المادة الأولى يجوز اعلان الأحكام العرفية كلما تعرض الأمن والنظام العام فى الأراضى المصرية أو فى جهة منها للخطر، سواء كان ذلك بسبب اغارة قوات العدو من الخارج أو لوقوع اضطرابات فى الداخل أو لتأمين سلامة الجيوش المصرية وضمان تموينها وحماية طرق المواصلات وغيرذلك مما يتعلق بتحركها واعمالها العسكرية خارج الجمهورية .

ثالثا — القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بشأن حالة الطوارىء :

ألغى القانون رقم ٥٣٣ لسنة ١٩٥٤ بشأن الأحكام العرفية وحل محله القرار بقانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بشأن حالة الطوارىء وتقضى المادة الأولى من القانون الحالى ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بأنه : " يجوز اعلان حالة الطوارىء كلما تعرض الأمن أو النظام العام فى أراضى الجمهورية أو فى منطقة منها للخطر سواء أكان ذلك بسبب وقوع حرب أو قيام حالة تهدد بوقوعها أو حدوث أضطرابات فى الداخل أو كوارث عامة أو انتشار وباء .

ويترتب على اعلان حالة الطوارىء ، أن يكون لرئيس الجمهورية سلطة اتخاذ التدابير المناسبة للمحافظة على الأمن والنظام العام وله على وجه الخصوص أن يتخذ الاجراءات الآتية :

أ — وضع قيود على حرية الأشخاص فى الاجتماع والانتقال والاقامة والمرور فى أماكن أو أوقات معينة ، والقبض على المشتبه فيهم أو الخطرين على الأمن والنظام العام واعتقالهم والترخيص فى تفتيش الأشخاص والأماكن دون التقيد بأحكام قانون الاجراءات الجنائية .

ب – الأمر بمراقبة الرسائل أيا كان نوعها ومراقبة الصحف والنشرات والمطبوعات وكافة وسائل التعبير والدعاية والاعلان قبل نشرها وضبطها ومصادرتها وتعطيلها واعلان أماكن طبعها .

جـ – تحديد مواعيد فتح المحال العامة واغلاقها .

د – تكليف أى شخص بتأدية أى عمل من الأعمال والاستيلاء على أى منقول أو عقار .

هـ – سحب التراخيص بالأسلحة والذخائر أو المواد القابلة للانفجار .

و – اخلاء بعض المناطق أو عزلها أو تنظيم وسائل النقل وحصر المواصلات وتحديدها بين المناطق المختلفة .

هـذا :

واذا لم تكف هذه السلطات لمواجهة الظروف التى استدعت اعلان حالة الطوارىء ، فان لرئيس الجمهورية أن يوسع بقرار منه نطاقها بشرط عرض هذا القرار على مجلس الشعب[١] .

---

(١) للمزيد من التفصيل :

دكتور فؤاد محمد النادى – موجز القانون الدستورى ص ٢٤٨ ومابعدها .

المبحث الثانى
آثار الضرورة

من الأصول المقررة فى الشرائع والقوانين والفقه والقضاء أن " الضرورات تبيح المحظورات " على النحو الذى بيناه تفصيليا فى صدر هذا البحث وعلى ذلك فانه يترتب على الضرورة مايلى :

أولا - فان ما تتخذه الدولة من الاجراءات نزولا على حكم الضرورة تعتبر اجراءات مشروعة بذاتها مهما كانت مخالفتها للدستور والقانون .

وحيث ان الاجراءات التى تتخذ فى حالة الضرورة مشروعة ، فان عمال الدولة حين يمارسون هذه الاجراءات لا يرتكبون أية مخالفة قانونية ، ولذلك لا يتصور أن تقوم فى مواجهتهم أدنى مسئولية عن هذه الأعمال أى ان الضرورة تقدم سببا لمنع قيام ركن الخطأ الشخصى لدولة عمال الدولة المتصرفين .

ويعبر عن هذا المعنى الفقيه الفرنسى A.Esmein بقوله :
" يجوز للدولة باسم الضرورة وفى أحوال الاضطرابات الداهمة الخروج على القوانين بحجة أن أمن الدولة وسلامتها يجب أن تكون لها الغلبة على حقوق الأفراد وحرياتهم العامة ، لأنه مهما قيل بوجوب احترام النظام الدستورى ، فان حق الدولة فى تعطيل الدستور وفى ايقاف الضمانات الدستورية واقامة حكم استثنائى يمثل هو الآخر حقا قد يسما ، يلازم فى قدمه النظام الدستورى نفسه حيث ان الاستثناء يلازم القاعدة دائما ".

وقد أقر مجلس الدولة الفرنسى ومجلس الدولة المصرى مشروعية أعمال الضرورة وذلك أحساسا منه بضرورة تمكين السلطة العامة من أداء واجباتها فى الاشراف على تنفيذ القانون والعمل على سير المرافق(١). وذهب مجلس الدولة فى فرنسا وفى مصر الى ضرورة تفسير القانون تفسيرا واسعا يسمح بتطويره وبامكان استيعابه لموجبات الظروف المستحدثة .

فالدولة القانونية يجب أن تبقى باستمرار فى ظل الظروف العادية وفى ظل ظروف الضرورة الاستثنائية على حد سواء . غاية الأمر أن قواعد المشروعية العادية يجب أن تتطور لتلاحق تطور الظروف بحيث يحل محلها فى الظروف الاستثنائية ،مشروعية استثنائية من نفس النوع والطبيعة .

والقاضى الادارى حين يجيز هذا التوسع فى نطاق المشروعية، انما يستعمل اختصاصاته القانونية باعتباره مصدرا تفسيريا للقانون . فالقاضى وهو يطبق القانون ، انما يلتزم بالبحث عن القاعدة الواجبة الانطباق على النزاع المعروض عليه ولو لم يقرها نص قائم . وبذلك يكون عمل القاضى حين يفسر القانون عند انعدام النص أو قصوره عملا قانونيا وليس خارجا على القانون . انها مهمته الدستورية فى استنباط القواعد الملزمة من مصادرها المختلفة . وهو يفعل ذلك فى ظل الظروف العادية وفى ظل الظروف الاستثنائية .

ثانيا — انه مهما تكن خطورة النتائج التى تؤدى اليها الظروف الاستثنائية فليس من شأنها مع ذلك ان تبيح للسلطة العامة

---

(١) A.Esmein : " Droit constitutionnel ". Paris . 1928 . T : II . p : I04 .

أن تستبد بأمور الناس أو أن تتحكم فيهم دون ضوابط وحدود وضمانا لذلك أحيطت حالة الضرورة بضمانات جوهرية أهمها .

١ - ان الظروف الاستثنائية تخضع للقيد العام الذى تقرره القاعدة الفقهية " الضرورة تقدر بقدرها ".

٢ - وان تقدير قيام حالة الضرورة ومدى ما يمكن ان يؤدى اليه من الاعفاء من التزام أحكام المشروعية العادية ، يخضع لرقابة القضاء.

٣ - ان اقرار مشروعية أعمال الادارة بسبب حالة الضرورة وان كان من شأنه الاعفاء من المسئولية الادارية على أساس الخطأ فانه لا يعفى الادارة من المسئولية على أساس المخاطر وتحمل التبعة مما يستلزم التعويض .

خاتمـــــــة

من استعراض نظرية الضرورة فى الفقهين الاسلامى والوضعى نستطيع أن نستخلص مجموعة من الحقائق أهمها :

الحقيقة الأولى :

أن نظرية الضرورة فى الفقه الاسلامى وضعت الشريعة الاسلاميـــة بأدلتها المختلفة شروطها وضوابطها وآثارها ، واعتبرتها الوجه الثانـــى للمشروعية اعمالا لما تقتضيه الظروف غير العادية التى تطرأ على المجتمـــع الاسلامى ، ومن ثم فان أحكام الضرورة فى الفقه الاسلامى لا تعتبر استثناء على مبدأ المشروعية أو قيدا عليه وانما هى أحكام الله التى يتعين تطبيقها اعمالا للضــــرورة .

وذلك خلافا للنظم الوضعية التى اعتبرتها قيدا على مبدأ المشروعيـــة أو استثناء على هذا المبدأ ، ولم يعترف بشرعية أحكام الضرورة الا فى وقت حديث نسبيا وبعد جدل كبير فى الفقه والقضاء واختلاف فى مفاهـــيم الأنظمة القانونية المعاصرة على النحو الذى أشرنا اليه فى حينه .

الحقيقة الثانية :

أنه اذا ما قررنا بأن الشريعة الاسلامية بينت على سبيل الحســـم شروط الضرورة وضوابطها وما يترتب عليها من آثار فان ذلك يكشف عـــن خطأ وقع فيه معظم الفقه الذى ذهب الى أن هذه النظرية من ابتداع القضاء الادارى الفرنسى واليه يرجع الفضل فى بنائها وشروطها على النحو الذى استقرت فى النظم القانونية المعاصرة[1] فقد سبقت الشريعـــــة

---

(١) وقد نبه أستاذنا الدكتور أحمد كمال أبو المجد الى خطأ ما ذهـــب اليه الفقه فى هذا الشأن والى سبق الشريعة الاسلامية فى تقعيـــد حالة الضرورة . يراجع : الرقابة على أعمال الادارة العامة " رقـابة الالغاء " طبعة ١٩٦٢م .

الاسلامية كافة الشرائع فى تقعيد هذه النظرية وقد استعرضنا شروط وضوابط النظرية فى الفقهين ومن ذلك يتضح أن ما ردده الفقه والقضاء المعاصر من شروط وضوابط لنظرية الضرورة لا يخرج عما ردده علماء الشريعة وفقهاؤها فى هذا الشأن مما يجعل القول بأن هذه النظرية ترجع فى نشأتها للقضاء الادارى الفرنسى غير سديد .

الحقيقة الثالثة :

أن الفقه الاسلامى وان رتب على الضرورة امكان الخروج على حكم الأصل الذى يتمثل فى قواعد المشروعية العادية المقررة لحالة " السعة والاختيار " وذلك باتخاذ وسائل استثنائية بالمخالفة لها لمجابهة حالة الضرورة ، الا أن ذلك ليس من شأنه أن يؤثر على حق الغير فى اقتضاء التعويض وذلك اعمالا للقواعد الكلية التى سنتها الشريعة الاسلامية والتى تقتضى بأن : " الاباحة لا تتنافى مع الضمان " " الضرر يزال " " الاضطرار لا يبطل حق الغير " " الضرر لا يزال بالضرر " .

وعلى ذلك ذهب الفقه فى مختلف المذاهب الاسلامية بأن الضرورة وان اقتضت مواجهتها اتخاذ وسائل استثنائية تخالف المشروعية العادية الا أنه اذا ترتب على ذلك ضرر بالغير نتيجة اعمال هذه الوسائل فان ذلك ليس من شأنه أن يؤثر على حقه فى اقتضاء التعويض المناسب ، ومن هنا تتميز الشريعة الاسلامية عن التشريعات المعاصرة التى ترددت ولفترة طويلة فى تقرير التعويض عن القرارات المترتبة على اعمال حكم الضرورة باعتبار أن القرارات المشروعة لم تكن محلا للمساءلة القانونية واقتضاء التعويض .

الحقيقة الرابعة :

أن الشريعة الاسلامية وان وضعت للضرورة أحكامها وشروطها وضوابطها الا أن الوسائل التى يتاح اعمالها لمجابهة هذه الحالة يتعين أن تتعاصر مع

هذه الظروف اعمالا للقاعدة الشرعية التى تقضى بأن " الضرورة تقدر بقدرها "
وذلك لأن توقع الضرورة ووضع وسائل لمجابهتها دون تحققها يجعل
الضرورة على هذا النحو متوهمة أو منتظرة ومن ثم تفقد الضرورة فى حالة
كونها غير حالة أو قائمة مقوماتها الأساسية ومن ثم يكون اعمال هذه الوسائل
غير مشروع وذلك لأن الأحكام الشرعية لا تبنى على الأوهام ولا يمكن أن يؤسس
العدول عن حكم الأصل على مجرد التخمين والوهم (١) .

الحقيقة الخامسة :

أن الفقه الاسلامى لا يرتب على الضرورة أحكاما بمجرد تحقق ظرف
استثنائى بشروطه وأوضاعه التى تحدثنا عنها وانما لكى يتحقق ذلك يتحتم أن
يكون اللجوء الى استخدام وسائل استثنائية أمرا متعينا ، بأن يكون من
المستحيل على السلطات العامة فى الدولة الاسلامية دفع الحالة غير العادية
واتقاء شرها بقواعد المشروعية العادية ، فان أمكن دفع الحالة الاستثنائية
بقواعد المشروعية العادية ، أو كانت المضار المترتبة على استخدام الوسائل
الاستثنائية أكبر وأخطر فيما لو استخدمت الوسائل العادية ففى كل هذه
الحالات لا يجوز اللجوء الى الوسائل الاستثنائية المخالفة للحكم الأصلى
المقرر .

وذلك يرجع الى أنه اذا كان فى الامكان دفع الحالة غير العادية
بوسائل المشروعية المقررة فى الظروف العادية فانه لا موجب لانتهاك حكم
الأصل وبالتالى يكون الخروج على هذه الأحكام باطلا .

كذلك فى حالة كون الاضرار المترتبة على اعمال الوسائل الاستثنائية أشد

---

(١) الشاطبى — الموافقات ج ٢ ص ٢٣١ — ٢٣٢ .
د . يوسف محمود قاسم — نظرية الضرورة ص ١٨٩ .

من الاضرار المترتبة على اعمال حكم الأصل ، ذلك أن مخالفة حكم الأصل يسوغه اتقاء ضرر أكبر ، أو يقتضيه تحقيق المصلحة العامة للمجتمع الاسلامى اعمالا للقاعدة الشرعية التى تقضى بأن : " يدفع الضرر الأشد بالضرر الأخف" فاذا تحقق غير ذلك كان القرار غير مشروع ويتعين اعمال حكم الأصل للمصلحة العامة لجماعة المسلمين .

الحقيقة السادسة :

أن الشريعة الاسلامية وان سوغت الخروج على أحكام المشروعية العادية لضرورة الا أن ذلك لا يعنى أن تترخص السلطة العامة فى اختيار الوسيلة بأن تكون طليقة اليد فى اختيار ما تراه مناسبا من وسائل ، وانما يتعين أن تختار الوسيلة الملائمة لدفع الضرورة اعمالا للقاعدة الشرعية التى أشرنا اليها " الضرورة تقدر بقدرها " الأمر الذى يوجب الملائمة عند اختيار الوسيلة التى يمكن أن يدرأ بها هذا الخطر بحيث اذا ما تخيرت السلطة العامة وسيلة أشد لدفع الضرورة أو توسعت فى استخدام هذه الوسائل وطبقتها على حالات وأوضاع لا تنطبق عليها شروط الضرورة فان مثل هذه القرارات تكون باطلة، وعديمة الأثر ، ذلك أن الحالات والأوضاع التى لم تتوفر فيها شروط الضرورة وضوابطها تبقى دوما على حكم الأصل وتخضع لقواعد المشروعية العادية بحيث لو توسعت السلطة العامة فى تطبيق الوسائل غير العادية على الحالات العادية ، أو حدث ظرف استثنائى وقامت السلطة العامة بفرض ما يقتضيه هذا الظرف على الحالات التى لم تتحقق فيها شروط الضرورة فان ذلك يعتبر تجاوزا فى استخدام السلطة عن حدودها المقررة وخروجا بها عن مقتضياتها وجميع القرارات الصادرة من السلطة العامة فى هذا الشأن تكون

باطلة وغير مشـروعة •

الحقيقة السابـعة :

أن النظرية الاسلامية تتسم بالشمول والعمومية فهى لا تقتصر علـى جانب واحد من جوانب الحياة تتحقق فيه شروط الضرورة وضوابطها وانمـا هى نظرية عامة يمكن اعمالها وترتيب آثارها فى كل جانب من جوانـب الحياة يتحقق فيه صفة الظرف الاستثنائى بشروطه وضوابطه التى بيناها ، وان كان الأثر المترتب على ظرف من هذه الظروف يمكن أن يختلف عـن الظرف الآخر باعتبار أن وقع الضرورة وما تستلزمه من اجراءات يختلف من حالة الى أخرى •

على أن الملاحظة الجديرة بالاعتبار فى الفقه الاسلامى أنه اذا تحققت الضرورة بشروطها وضوابطها فى أكثر من منحى وزوالها فى ناحية من النواحى واستمرارها فى النواحى الأخرى فانه بالنسبة للحالة الـتى تخلفت فيها شروط الحالة غير العادية يتحتم اللجوء الى حكم الأصـل فورا ولا يجوز التذرع باستمرارها فى حالة أو حالات أخرى اعمالا للقاعدة الشرعية التى تقضـى : "ما جاز لعذر يبطل بزواله "(١) •

من هنا يتبين من عرض النظرية فى الفقهين الاسلامى والوضعـى مدى أصالة وسمو الشريعة الاسلامية فى تأصيل الضرورة وبيان أحكامهـا ، ومدى السبق الذى تميزت به الشريعة الاسلامية فى هذا الشأن علـى غيرها من الشرائع الأخرى • والحمد لله رب العالمين •

---

(١) لمزيد من التفصيل يراجع ص ٦٩ومابعدها من هذا البحث •

المراجع

(أولاً) القرآن الكريم والتفاسير :

١ - القرآن الكريم :

٢ - ابن كثير : تفسير القرآن العظيم - لعماد الدين أبو الفداء إسماعيل القرشي الدمشقى المشهور بالحافظ ابن كثير ويليه فى أدنى الصحائف معالم التنزيل للإمام البغوى - مطبعة المنار ومطبعة الشعب .

٣ - ابن عربى : أحكام القرآن : مكتبة الحلبى لأبى بكر محمد بن عبدالله العربى - مكتبة الحلبى - ١٩٧٧ .

٤ - القرطبى : الجامع لأحكام القرآن الكريم - لابن عبدالله محمد الأنصارى القرطبى - دار الكتب المصرية .

٥ - الجصاص : أحكام القرآن الكريم - لأبى بكر أحمد بن على الرازى الجصاص - المطبعة البهية ١٣٤٧ هـ

٦ - الخوارزمى : الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل فى وجوه التأويل . مكتبة البابى الحلبى طبعة ١٣٨٥ هـ - ١٩٦٦م .

٧ - الرازى : مفاتيح الغيب وبهامشه تفسير العلامة أبى السعود - للإمام محمد الرازى فخر الدين بن العلامة ضياء الدين عمر المشتهر بخطيب الرى المطبعة الخيرية - ١٣٠٨ هـ

٨ - الزمخشرى الكشاف عن حقائق وعيون الأقاويل فى وجه التأويل لأبى القاسم جاد الله محمود بن عمر الزمخشرى - مكتبة البابى الحلبى ١٩٦٦

٩ - محمد رشيد رضا: تفسير القرآن الحكيم - المعروف بتفسير المنار ١٣٤٦ هـ .

(ثانيا) الأحاديث :

١ - البخاري : أبو عبدالله محمد ابن أبي الحسن إسماعيل بن إبراهيم ابن الأحنف يزدريه البخاري : صحيح البخاري .

٢ - المناوي : محمد المدعو عبدالرءوف المناوي : فيض القدير شرح الجامع الصغير من أحاديث البشير النذير . دار النهضة الحديثة - الطبعة الثانية - بيروت ١٩٧١

٣ - الإمام السيوطي: جلال الدين السيوطي : الجامع الصغير من أحاديث البشير النذير - تحقيق الشيخ محي الدين عبدالحميد ١٣٥٣ ه

٤ - مسلم : الإمام مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري الجامع الصحيح « صحيح مسلم » بشرح النووي . طبعه كتاب الشعب .

(ثالثا) المراجع الاسلامية :

١ - ابن القيم : شمس الدين أبو عبدالله - أعلام الموقعين - مكتبة الكليات الأزهرية - ١٩٦٨

٢ - ابن حزم : أبو محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي الظاهري المحلى - طبع منير الدمشقي - القاهرة ١٣٤٨ ه .

٣ - ابن رشيد : أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشيد القرطبي الشهير بالحفيد - بداية المجتهد ونهاية المقتصد ١٣٨٦ ه ١٩٦٦ مكتبة الكليات الأزهرية .

٤ - ابن سعد : أبو عبدالله محمد بن سعد بن منيع الأزهري المعروف بكاتب الواقدي - الطبقات الكبرى - دار المعرفة - بيروت ١٣٢٥ ه .

٥ - ابن عابدين : محمد أمير بن عمر بن عبدالعزيز الدمشقى حاشية ابن عابدين على الدر المسماة رد المختار على الدر المختار - طبعة ١٩٢٤ ه ء.

٦ - ابن قدامة : الإمام عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسى - المغنى على مختصر الخرقى - طبعة ١٣٤٨ ه مطبوع مع المغنى .

٧ - ابن هشام : أبو محمد عبدالله بن هشام أيوب المعافرى الحميرى - السيرة النبوية - تحقيق الأستاذ إبراهيم الإبيارى وآخرين مطبعة الحلبى ١٩٥٥

٨ - أبو زهرة : محمد أبو زهرة - أصول الفقه - دار الفكر العربى القاهرة ١٩٦٧

٩ - أبو زهرة : محاضرات فى المجتمع الإسلامى - مطبوعات معهد الدراسات الإسلامية بدون تاريخ .

١٠ - الشربينى : محمد بن الشربينى الخطيب : مفتى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج - الحلبى ١٩٣٣

١١ - الشيبانى : محمد بن الحسين الشيبانى :السير الكبير - مطبعة دار المعارف النظامية - حيدر آباد - ١٣٣٥ ه

١٢ - الشاطبى : العلامة إبراهيم بن موسى ابن محمد الغرناطى المعروف بالشاطبى الموافقات فى أصول الشريعة - المطبعة السلفية - ١٣٤١ ه

١٣ - الشاطبى : الإعتصام - تعريف وتصحيح الشيخ محمد رشيد رضا - المنار - ١٣٣٢ ه ١٩١٤ م

١٤ - السرخسى : أبو بكر محمد بن أحمد بن أبى سهيل السرخسى - المبسوط - مطبعة السعادة ١٣٢٤ ه .

١٥ - الرازى : مختار الصحاح لأبى محمد أبو بكر بن عبدالقادر الرازى - طبعة ١٩٣٧

١٦ - الرازى : مفاتيح الغيب - لفخر الدين محمد بن عمر الشافعى الرازى

١٧ – الشوكاني : إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني – مطبعة البابي الحلبي – ١٣٥٦ ه

١٨ – الدردير : الشرح الكبير على مختصر خليل لأبي البركات سيدي أحمد بن محمد بن محمد بن أحمد العدوي – المكتبة التجارية ١٣٧٢ ه

١٩ – الغزالي : المستصفى في علم الأصول – لحجة الإسلام الإمام أبو حامد محمد بن محمد الغزالي – الطبعة الأولى ١٣٢٤ ه

٢٠ – الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع – مطبعة الجمالية القاهرة ١٣٢٨ ه .

٢١ – الكمال ابن الهمام : شرح فتح القدير للعلامة محمد بن عبدالواحد بن عبدالحميد بن مسعود كمال الدين المعروف باسم الهمام – المكتبة التجارية .

٢٢ – القرافي : الفروق – للعلامة أحمد بن إدريس عبد الرحمن الصنهاجي المالكي – طبعة ٣٠٢ ه

٢٣ – جمال الدين بن منظور : لسان العرب – دار صادر – بيروت

٢٤ – جلال الدين السيوطي : الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية البابي الحلبي ١٩٥٩ .

مراجـع قانونـية ومقـارنـة :

١ ـ الدكتور إبراهيم زكى اخنوخ: حالة الضرورة فى قانون العقوبات ـ دار النهضة العربية ١٩٦٩

٢ ـ د . سعيد الحكيم : الرقابة على أعمال الإدارة فى الشريعة الإسلامية والنظم المعاصرة
رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الشريعة ١٩٧٧

٣ ـ د . عبدالله مرسى سعد : القضاء الإدارى ومبدأ سيادة القانون ـ رسالة دكتوراه لحقوق الإسكندرية دار بور سعيد للطباعة ١٩٧٢ .

٤ ـ محمد طاهر عبدالوهاب : النظرية العامة لمبدأ المشروعية فى الدولة الإسلامية والدول المعاصرة .
رسالة مقدمة لكية الشريعة القانون ١٩٨٢

٥ ـ د . مصطفى كمال وصفى : النظام الإدارى الإسلامى ـ مقارنا بالنظم الإدارية الحديثة ـ طبعة ١٩٧٤ .

٦ ـ د . يعقوب عبدالوهاب الباحسين : رفع الحرج ـ رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون ١٩٧٢ .

٧ ـ د . يوسف محمود قاسم : نظرية الضرورة فى الفقه الإسلامى ـ دار النهضة العربية ١٩٨١ .

٨ ـ الدكتور وهبة الزحيلى : نظرية الضرورة الشرعية مكتبة الفارابى ـ دمشق ١٩٦٩

٩ ـ الدكتور أحمد كمال أبوالمجد : الرقابة على أعمال الإدارة العامة ـ رقابة الإلغاء ـ دار النهضة العربية ١٩٦٢ .

١٠ ـ د . أحمد مدحت على : نظرية الظروف الإستثنائية ـ دراسة مقارنة فى مصر وفرنسا ـ رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة القاهرة سنة ١٩٧٨

١١ ـ د . أحمد هبه : القار الجمهورى بقانون ووسائل رقابته دار الإتحاد العربى للطباعة والنشر ـ طبعة أولى ١٩٧٣

١٢ ـ د . السيد صبرى : اللوائح التشريعية ـ مكتبة سيد عبدالله وهبة القاهرة ١٩٤٤

١٤ - د . السعيد مصطفى : الأحكام العامة فى قانون العقوبات - الطبعة الثالثة ١٩٥٣

١٥ - الدكتور أنور الأهوانى : رئيس الدولة فى النظام البرلمانى رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة القاهرة ١٩٤٥

١٦ - الدكتورة سعاد الشرقاوى: المسئولية الإدارية - دار النهضة العربية ١٩٦٩

١٨ - الدكتور فؤاد العطار : القضاء الإدارى - دار النهضة العربية ١٩٦٨

١٨ - الدكتور فؤاد محمد النادى : رقابة القضاء على أعمال الإدارة العامة دار الكتاب الجامعى ١٩٨٦

- الوجيز فى القانون الدستورى - دار الثقافة - الفجالة - القاهرة ١٩٨١

- القانون الإدارى - دار الكتاب الجامعى ١٩٨٣

- مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون فى الفقه الإسلامى -دار الكتاب الجامعى الطبعة الثانية ١٩٨٠

١٩ - الدكتور سامى جمال الدين : لوائح الضرورة - رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية ١٩٨١

٢١ - الدكتور زكريا محفوظ : حالة الطوارىء : رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية ١٩٦٦

٢٢ - الدكتور على جريشة : المشروعية الإسلامية العليا رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة القاهرة ١٩٧٥

٢٣ - الدكتور عبدالحميد متولى : الوسيط فى القانون الدستورى - الإسكندرية - ١٩٥٦

٢٤ - الدكتور طعيمة الجرف : مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون - مكتبة القاهرة الحديثة ١٩٦٣

٢٥ - الدكتور طعيمة الجرف : القانون الإدارى - دار النهضة العربية ١٩٧٨

٢٦ - الدكتور عبدالحميد كمال حشيش : مبادىء القضاء الادارى - دار النهضة العربية ١٩٨٨

٢٨ - الدكتور ماجد راغب الحلو : القضاء الادارى - دار المطبوعات الجامعية طبعة ١٩٨٥

٢٩ - الدكتور محسن خليل : القضاء الادارى - منشأة المعارف بالاسكندرية الطبعة الثانية ١٩٦٨

٣٠ - الدكتور مصطفى أبوزيد فهمـى : القضاء الادارى - دار النهضة العربية ١٩٧٩

٣١ - الدكتور محمود حافظ : القضاء الادارى - دار النهضة العربية ١٩٧٩

٣٢ - الدكتور محمود حافظ : موجز القانون الدستورى دار النهضة العربية -

٣٣ - الدكتور محمود حلمى : نشاط الادارة - دار الفكر العربى ١٩٦٨

٣٤ - الدكتور محمد فؤاد مهنا: القانون الادارى - دار الجامعات - ١٩٧٥

٣٥ - الدكتور محمد شرف إسماعيل: سلطات الضبط الادارى فى الظروف الاستثنائية - رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة عين شمس ١٩٧٩

٣٦ - الدكتور محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات - دار النهضة العربية ١٩٧٩

٣٧ - الدكتور يحيى الجمل : نظرية الضرورة فى الفقه الدستورى - طبعة ١٩٧٤

٣٨ - الدكتور وحيد رأفت : القانون الإدارى القاهرة ١٩٣٨

٣٩ - الدكتور نعيم عطية : الحريات العامة - محاضرات لكلية الدراسات العليا بكلية الحقوق بجامعة عين شمس ١٩٧٤

(أبحـــاث) :

الدكتور إبراهيم درويش : نظرية الظروف الاستثنائية مقال بمجلة إدارة قضايا الحكومة — السنة العاشرة العدد الرابع — أكتوبر ١٩٦٦ .

— الفونس الألفى : الأعمال الادارية ونظرية الضرورة مقال بمجلة القانون والاقتصاد والتى تصدرها جامعة القاهرة — السنة السابعة ١٩٣٧

وثائــق وأحـــكـام :

١ — الجريدة الرسمية : التى تنشر القوانين بمصر

٢ — الوقائع المصرية : التى تنشر القرارات الوزارية .

٣ — مجموعة أحكام المحكمة الادارية العليا

٤ — مجموعة أحكام محكمة القضاء الادارى

٥ — فتاوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع .

٦ — مجلة الأحكام العدلية .

Bibliographie .

De Laubader : " Traité de droit administratif ".

Mathiot (André) : " La théorie des circonstances exceptionnelles,in étude en l'honneur d'Achi-li". Mestre,évolution du droit public . Sirey. 1965.

Michel Mouskéli : " La loi et le réglement ". Le Caire . 1943 .

Esmein : " Elément de droit constitutionnel " . 8° éd. Revue par Henry Nézard . Paris .1927.

Fabre (M.H.) : " Principes républicains de droit constitutionnel " . Paris . 1967 .

Hauriou (André) : " Droit constitutionnel et droit politique " . 2° éd. Paris . 1967 .

Duverager (M.) : " La V° République " . Paris. 1968 .

Jean Raicu : " Légalité et nécessité " .

Duguit : " Traité de droit constitutionnel " Tome : III . 1930 .

Hauriou [illegible]) : " Précis de droit constitutionnel . [illegible]aris . 1923 .

Fahmy (Moustapha Abou Zeid) : " La théorie des circonstances exceptionnelles en droit administratif français et égyptien .

C.E. 19/10/1962 . Canal . " Les grands Arrêts ". 5° éd.

C.E. 16/4/1948. Laugier. Sirey . 1948 . T : III. Voir. M.Letourneur .

Re-enactement and Repeal Emergency power .

Debs . V.U.S. I58 . I890 .

Congressional Quarterly's , guide to U.S.A. Con-
gré . I973 .

Guid to U.S. Congress .

Paul Leroy : " L'organisation constitutionnelle
et les crises . " Thése . Grenoble . I962 .
éd. L.G.D.L. Paris . I966 .

Geneviève Camus : " L'état de Necessité en dé-
mocratie " . Paris . I965 .

Barthemely (P.J.) : " Le droit public en temps
de Guerre " . I9I5 .

Debin (J.) : " Doctrine générale de l'état .
Paris . I937 .

Malberge (Carré de) : " La loi,expression de
vole " .

El Sanhoury. A.A. "Le Califat " Paris 1926 .

الفهـرس

صفحة

رقم الإيداع : ٤٧٤٨ / ٨٨
الترقيم الدولى : ـ ٩٩ ـ ١٤٧٠ ـ ٩٧٧

